

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL HENRIQUE CASTILHO ZAITTER

A NECESSIDADE DE UMA LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO  
NO BRASIL: APRESENTAÇÃO DE UMA PROPOSTA DE INTEGRAÇÃO  
LEGISLATIVA DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CURITIBA

2019

RAFAEL HENRIQUE CASTILHO ZAITTER

A NECESSIDADE DE UMA LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO  
NO BRASIL: APRESENTAÇÃO DE UMA PROPOSTA DE INTEGRAÇÃO  
LEGISLATIVA DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2019

Z21n

Zaitter, Rafael Henrique Castilho

A necessidade de uma lei de responsabilidade civil do Estado no Brasil: apresentação de uma proposta de integração legislativa do art. 37, § 6º da Constituição Federal / Rafael Henrique Castilho Zaitter; orientador: Emerson Gabardo. – Curitiba, 2019.  
236 p.

Bibliografia: p. 182-198.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Responsabilidade do Estado. 2. Direito constitucional. 3. Poder legislativo. I. Gabardo, Emerson. II. Título.

CDU 347.51

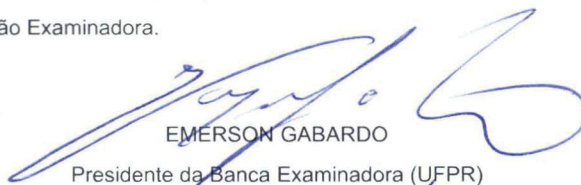
**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



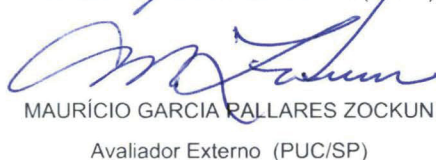
**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO  
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia dezanove de março de dois mil e dezanove às 18:30 horas, na sala Sala de Defesas de Dissertações e Teses do PPGD/UFPR, Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **RAFAEL HENRIQUE CASTILHO ZAITTER** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **A NECESSIDADE DE UMA LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL: APRESENTAÇÃO DE UMA PROPOSTA DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EMERSON GABARDO (UFPR), MAURÍCIO GARCIA PALLARES ZOCKUN (PUC/SP), DANIEL WUNDER HACHEM (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela aprovação do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EMERSON GABARDO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 19 de Março de 2019.



EMERSON GABARDO  
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



MAURÍCIO GARCIA PALLARES ZOCKUN  
Avaliador Externo (PUC/SP)



DANIEL WUNDER HACHEM  
Avaliador Interno (UFPR)



## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RAFAEL HENRIQUE CASTILHO ZAITTER** intitulada: **A NECESSIDADE DE UMA LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL: APRESENTAÇÃO DE UMA PROPOSTA DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

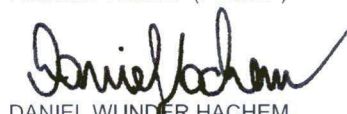
CURITIBA, 19 de Março de 2019.



EMERSON GABARDO  
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



MAURÍCIO GARCIA PALLARES ZOCKUN  
Avaliador Externo (PUC/SP)



DANIEL WUNDER HACHEM  
Avaliador Interno (UFPR)



## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, ao Prof. Emerson Gabardo, brilhante pesquisador e referência pessoal e profissional, por quem tive a honra de ser orientado na monografia de graduação, e agora na dissertação de mestrado. Agradeço-o, de início, pelas marcantes aulas, desde o curso de Direito na Universidade Federal do Paraná, que seguramente foram primordiais à minha formação. Além disso, meus agradecimentos, também, por toda a generosidade na orientação e pelas incansáveis contribuições, desde a confecção do projeto, sem as quais a finalização da pesquisa não teria sido possível.

Ao Prof. Daniel Wunder Hachem, referencial teórico, por gentilmente ter aceito o convite para participar da banca, e também pelas instigantes aulas ministradas na disciplina de Teoria Geral do Direito Constitucional, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Agradeço-o, também, por ter proporcionado aos seus alunos, durante as aulas, o debate dos projetos de dissertação, fato este que foi decisivo para o aprimoramento do presente trabalho.

Ao Prof. Maurício Zockun, referência no tema, não só por ter se disponibilizado a participar da avaliação desta dissertação, mas também pelos seus aprimorados estudos na área da responsabilidade civil do Estado, que promovem o debate e fomentam a reflexão crítica acerca do instituto.

Ao Dr. Rafael Schier Guerra, pela amizade, por sempre ter sido um grande incentivador dos meus estudos e por, em nenhum momento, ter criticado as ausências ao escritório quanto estas se fizeram necessárias.

À minha mãe Carmencita, pelo suporte durante todo este período do mestrado, por nunca ter descreditado e pelas palavras de conforto nos momentos mais conturbados. Ao meu pai Wellington, igualmente pelo suporte, e por nunca ter se recusado em ajudar quando foi preciso (como nos incontáveis empréstimos de livros). Ao meu irmão Felipe, pela parceria de sempre, e pelo compartilhamento valioso dos seus conhecimentos em informática. Ao Zeus, por todos os momentos de descontração. Enfim agradeço imensamente à minha família, por tudo!

À Dhéri, por toda a paciência durante este período, pelo auxílio e pelas cobranças quando elas eram realmente indispensáveis.

Aos professores e servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, instituição que me acolheu desde a graduação.

## RESUMO

O trabalho objetiva demonstrar a necessidade de um maior detalhamento normativo da responsabilidade civil do Estado no Brasil. Para tanto, procura evidenciar que o tratamento legislativo dispensado à matéria no cenário nacional, ao menos quanto à sua disciplina básica, foi historicamente insuficiente. Ressalta, ainda, o quadro atual de insegurança gerado pelas divergências decorrentes da redação do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Por isso, sustenta que a edição de uma legislação nacional, que explicita normas gerais sobre a temática, e que também se ocupe dos aspectos processuais relacionados ao assunto, poderia contribuir para promover o princípio da segurança jurídica. Neste contexto, investiga a experiência de outros países ibero-americanos, visando à identificação de legislações que cuidem da responsabilidade de forma mais específica. Realiza, em momento posterior, a análise da competência legislativa, destacando que a elaboração de normas gerais sobre o dever reparatório do Estado por intermédio de uma lei nacional, ainda que essencial ao contexto brasileiro, demandaria prévia alteração no rol de competências previsto na Constituição Federal (ressaltando que, quanto aos aspectos processuais, a configuração atual já permitiria a abordagem por lei nacional). Continuamente, a pesquisa volta-se à verificação dos conteúdos que poderiam ser enquadrados dentro do conceito de normas gerais no âmbito da responsabilidade, e que, portanto, deveriam ser enfrentados obrigatoriamente pela legislação preconizada (ao lado dos aspectos processuais). Neste ponto, são reconhecidas como matérias essenciais as denominadas questões capitais da obrigação reparatória (sujeitos que comprometem o Estado, caracteres da conduta, características do dano reparável e excludentes do dever de compensar), a responsabilidade pelo exercício da função legislativa e judicial, e também o direito de regresso (bem como temas conexos com estes assuntos). O trabalho, então, após a demonstração dos tópicos que deveriam integrar a lei proposta, passa a discorrer como todas estas temáticas teriam de ser abordadas legislativamente, buscando dirimir, em cada um dos pontos, as principais controvérsias. Como fruto de toda esta explanação, apresenta-se, ao final, e concretizando-se outro objetivo da dissertação, um anteprojeto de lei a respeito da responsabilidade civil do Estado.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado. Regime jurídico administrativo. Segurança jurídica. Competência legislativa. Lei nacional de responsabilidade civil do Estado.

## ABSTRACT

This dissertation aims at demonstrating the need for a more detailed legislation on the civil liability of the State in Brazil. In order to do so, it argues that the national legislative treatment of the matter, at least regarding its foundations, has historically been insufficient. It is also worth noting the current situation of uncertainty generated by the differences in the wording of article 37, § 6, of the Federal Constitution. For this reason, the initiative to publish a national law, which spells out the general rules on the subject and deals with the procedural aspect related to the matter, might contribute to the promotion of the principle of legal certainty. In this context, the expertise of other Ibero-American countries is also considered, by identifying legislations that deal with the civil liability in a more detailed way. A review of jurisdiction is carried out at a later stage, and it is highlighted that the creation of general rules for State recovery through a national law, although essential in the Brazilian context, would require previous changes in the competences of the Federal Constitution (noting that with regards to procedural aspects the current setting would allow for changes via national law). Next, the research returns to the identification of the contents that fall within the concept of general rules in the scope of liability, and that, therefore, should necessarily be considered by the legislation (along with procedural aspects). Here, point out as most important subjects the so-called core matters of State recovery (parties that related to the State, characters of the behavior, characteristics of the recoverable damage and exceptions to the duty of recovery), the liability for the exercise of the legislative and judicial function, and third party right of recovery (as well as themes related to these subjects). This work, after demonstration of topics that should be part of the proposed law, deals with how all these themes are to be approached legislatively, seeking to settle, in each of the points, the main controversies. As a result of this explanation, and as one of the objectives of this dissertation, a draft bill on civil liability of the State is presented.

**Keywords:** Civil Liability of the State. Administrative legal regime. Legal Certainty. Legislative Competence. National law of liability.



## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>PRÓLOGO.....</b>   | <b>09</b>  |
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>14</b>  |
| <b>PARTE I – A NECESSIDADE DE UMA LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL.....</b>  | <b>19</b>  |
| Capítulo 1 – A experiência da responsabilidade civil do Estado no Brasil: um histórico de divergências em razão da insuficiência (ou deficiência) legislativa .....                       | 19         |
| Capítulo 2 – A elaboração de uma lei sobre a responsabilidade civil do Estado como contribuição para a redução da insegurança jurídica .....  | 30         |
| Capítulo 3 – As experiências nos demais países ibero-americanos com o tratamento legislativo da responsabilidade civil do Estado.....   | 39         |
| Capítulo 4 – A edição de uma lei nacional de responsabilidade civil do Estado no Brasil: a questão da competência e os temas a serem abordados .....                                      | 51         |
| <b>PARTE II: A LEI NACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES CAPITAIS.....</b>  | <b>61</b>  |
| Capítulo 1 – A explicitação de quem são os sujeitos e de quando estes podem ocasionar a responsabilidade civil do Estado.....   | 61         |
| Capítulo 2 – Quais são os caracteres da conduta lesiva para ensejar a responsabilidade civil do Estado? .....   | 75         |
| Capítulo 3 – O dano reparável .....   | 87         |
| Capítulo 4 – O nexo causal e as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do Estado .....   | 100        |
| <b>PARTE III – A LEI NACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ENFRENTAMENTO DAS DEMAIS QUESTÕES RELATIVAS À SUA DISCIPLINA BÁSICA E A APRESENTAÇÃO DO ANTEPROJETO DE LEI .....</b> | <b>114</b> |
| Capítulo 1 – A reparação do dano e o direito de regresso .....  | 114        |
| Capítulo 2 – A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos.....  | 130        |
| Capítulo 3 – A responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais .....  | 145        |
| Capítulo 4 – Apresentação do anteprojeto de lei sobre a responsabilidade civil do Estado .....  | 162        |
| <b>CONCLUSÕES.....</b>  | <b>174</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>182</b> |
| <b>APÊNDICE – ANTEPROJETO DE LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>   | <b>199</b> |
| <b>ANEXO 1 – PROJETO DE LEI Nº 412/2011 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS .....</b>   | <b>215</b> |
| <b>ANEXO 2 – SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 126/2015 ....</b>  | <b>223</b> |

## PRÓLOGO

No Brasil, a responsabilidade civil do Estado encontra-se fundamentada de modo amplo no art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>1</sup> No plano infraconstitucional, contudo, inexistente legislação ordinária, de caráter nacional,<sup>2</sup> dando contornos mais objetivos ao referido dispositivo constitucional. Ocorre que, há algum tempo, a ideia encontra-se em pauta.

Em 22 de fevereiro de 2002, por intermédio da Portaria Conjunta nº 8, da Advocacia Geral da União e do Ministério da Justiça, foi designada uma Comissão de juristas com o objetivo final de elaborar um anteprojeto de lei a respeito do tema da responsabilidade civil do Estado. A mencionada Comissão foi presidida pelo administrativista Caio Tácito, e contava ainda com a participação dos seguintes juristas: Odete Medauar, Carlos Alberto Menezes Direito, Sérgio de Andréa Ferreira, Ivete Lund Viegas, João Francisco Aguiar Drumond, Thereza Helena de Miranda Lima e Yussef Said Cahali.<sup>3</sup>

Com o término dos trabalhos da Comissão, em agosto de 2002, um anteprojeto de lei foi redigido. O texto visava, conforme a própria justificativa apresentada pelos autores, estabelecer um regime geral de responsabilização estatal, aplicável a todos os entes federativos.<sup>4</sup> Por isso, na proposta, que contou com 28 artigos, foram disciplinados assuntos como: i) os pressupostos essenciais da responsabilização; ii) as causas excludentes ou limitativas da

<sup>1</sup> Art. 37, § 6º da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>2</sup> A lei nacional não deve ser confundida com a lei federal. Para a distinção, confira-se a clássica lição de Geraldo Ataliba: “Leis nacionais e leis federais – O Congresso Nacional é órgão legislativo do Estado Federal e da União. Na primeira qualidade edita leis nacionais, na segunda, leis federais. As leis nacionais superam e transcendem às circunscrições políticas internas. As leis federais, ao lado das estaduais e municipais, circunscrevem-se à área de jurisdição da pessoa a que se vinculam e somente obrigam os jurisdicionados stricto sensu de cada qual. É, portanto, muito mais ampla a lei nacional do que a lei federal. Em outras palavras, a Constituição confere à lei nacional amplíssimo poder para regular matérias específicas em todo o território nacional, abstração feita da sujeição dos destinatários da norma, quer à União, quer a Estados e Municípios. Já a lei federal, embora editada pelo mesmo órgão, onera, circunscritamente, somente os jurisdicionados da União. Donde se vê que a lei federal se opõe – no mesmo plano que está – à lei estadual e à municipal, enquanto que a lei nacional abstrai de todas elas – federal, estadual e municipal – transcendendo-as”. ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 94.

<sup>3</sup> Conforme consta do relatório, a jurista Thereza Helena de Miranda participou apenas da primeira reunião, enquanto o jurista Yussef Said Cahali não pôde comparecer às discussões. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=82C0EDA62EF8672D385BD183A889D785.proposicoesWeb2?codteor=840403](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=82C0EDA62EF8672D385BD183A889D785.proposicoesWeb2?codteor=840403)>. Acesso em: 4 jan. 2019.

<sup>4</sup> De acordo com a justificativa apresentada: “A Comissão adotou a orientação de formular a proposta de um anteprojeto de lei que contempla o regime geral sobre a responsabilidade civil do Estado, objetivando sistematizar o assunto e consolidar os tópicos doutrinária e jurisprudencialmente assentes (...)”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=82C0EDA62EF8672D385BD183A889D785.proposicoesWeb2?codteor=840403](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=82C0EDA62EF8672D385BD183A889D785.proposicoesWeb2?codteor=840403)>. Acesso em: 4 jan. 2019.

obrigação reparatória; iii) o direito de regresso; iv) o ressarcimento administrativo do dano; v) a responsabilidade por atos legislativos e judiciais.

Anos mais tarde, e por apelo do à época presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, o anteprojeto elaborado pela Comissão foi apresentado como Projeto de Lei, na Câmara dos Deputados, pelo deputado federal Flávio Dino. O projeto, proposto em 24 de junho de 2009, tramitou sob o nº 5480/2009 e foi arquivado, em 1º de fevereiro de 2011, por motivos regimentais.<sup>5</sup>

Ocorre que, subsequentemente, a mesma proposta foi protocolada, novamente, na Câmara dos Deputados, desta vez pelo deputado federal Hugo Leal, recebendo o nº 412/2011. Indispensável apontar que, posteriormente, outras proposições também foram apresentadas, com redação idêntica, tendo sido apensadas à de nº 412/2011. São elas: nº 923/2011 do deputado federal Roberto Policarpo Fagundes; nº 2763/2011 do deputado federal Eliseu Padilha; e, ainda o de nº 685/2015, do deputado federal Wellington Roberto.

O Projeto de Lei nº 412/2011 passou a tramitar, então, regularmente na Câmara dos Deputados, sofrendo modificações durante o processo legislativo.<sup>6</sup> Da redação final aprovada, pode-se depreender que foi mantida a concepção original de se estabelecer um regramento geral nacional para a responsabilidade civil do Estado, diante da manutenção da estrutura básica do anteprojeto de lei elaborado outrora pela Comissão de juristas.<sup>7</sup> Com relação aos assuntos abrangidos, significativa alteração foi a supressão dos dispositivos concernentes à responsabilização estatal por atos legislativos. A justificativa apresentada para a exclusão foi o potencial risco à evolução legislativa.<sup>8</sup>

Subsequentemente, o Projeto de Lei nº 412/2011 seguiu para análise perante o Senado Federal. No Senado, a proposição foi recebida em 2015, passando a tramitar sob o título de Projeto de Lei da Câmara nº 126/2015. A proposta foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo sido designado, como relator, o Senador Antonio Anastasia. Em seu parecer, o relator entendeu que o projeto era formal e materialmente

---

<sup>5</sup> O projeto foi arquivado com fulcro no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação (...)”.

<sup>6</sup> A tramitação do Projeto de Lei nº 412/2011, da Câmara dos Deputados, pode ser consultada na íntegra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492038>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

<sup>7</sup> O projeto de lei, em sua versão final aprovada, foi anexado ao presente trabalho (cf. anexos).

<sup>8</sup> Cf. relatório apresentado pelo deputado federal Efraim Filho perante Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. FILHO, Efraim. *Relatório sobre o PL nº 412/2011 na CCJ*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=5953911E3FCE9174D6E2223A594C35EF.proposicoesWebExterno2?codteor=1320316&filename=Tramitacao-PL+412/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5953911E3FCE9174D6E2223A594C35EF.proposicoesWebExterno2?codteor=1320316&filename=Tramitacao-PL+412/2011)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

constitucional. No entanto, apresentou um Substitutivo, por compreender que eventual legislação poderia avançar ainda mais no tratamento da temática.<sup>9</sup> Desta forma, o novo texto elaborado foi denominado de “Estatuto da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”.<sup>10</sup>

O texto também apresenta a disciplina básica da responsabilidade civil do Estado, mantendo-se a aplicação em todo o território nacional, tendo sido destinada especificamente uma parte ao Direito material e outra ao Direito processual. Assim, na primeira, são abordados assuntos como: i) o dano; ii) a conduta; iii) o nexo de causalidade; iv) a responsabilidade por atos legislativos e judiciais; v) as excludentes; vi) o direito de regresso. Já na segunda, são tratados, entre outros: i) a legitimidade na ação de reparação; ii) a denúncia da lide; iii) o ressarcimento administrativo do dano.<sup>11</sup> Importante realçar que já houve a proposição de dez emendas ao Substitutivo do relator.<sup>12</sup>

Ato contínuo, e durante a tramitação regular da proposição no Senado, em reunião realizada em agosto de 2018 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o Projeto de Lei da Câmara nº 126/2015 foi retirado de pauta. A retirada deu-se em função de requerimento formulado pelo relator Senador Antonio Anastasia e também pelo Senador Randolpho Rodrigues. Segundo estes, haveria a necessidade de designação de Audiências Públicas, com o intuito de que houvesse uma discussão maior sobre a proposta de criação de uma lei geral de responsabilidade civil do Estado no Brasil.<sup>13</sup>

Desta forma, com a explicitação de todo este histórico, torna-se possível notar que, ao menos desde 2002 (com a criação da Comissão de Juristas), verifica-se formalmente no Brasil a intenção de se elaborar uma lei geral, em âmbito nacional, para cuidar da responsabilidade extracontratual estatal. Ademais, de 2011 em diante, pode-se observar a tramitação no Congresso Nacional de proposição exclusivamente relacionada ao tema (o Projeto de Lei nº 412/2011, que deu origem, posteriormente, ao Projeto de Lei da Câmara nº 126/2015). Ainda, recentemente, em 2018, vê-se que o Senado Federal acenou para a imprescindibilidade de uma discussão mais incisiva sobre a questão, confeccionando requerimento para a designação de Audiências Públicas, com o propósito de debater a proposta legislativa relacionada ao assunto.

---

<sup>9</sup> ANASTASIA, Antonio. *Relatório sobre o PL da Câmara nº 125/2015 na CCJ*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123063>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

<sup>10</sup> O Substitutivo apresentado pelo relator da proposta foi anexado integralmente ao estudo aqui desenvolvido (cf. anexos).

<sup>11</sup> Cf. anexos.

<sup>12</sup> A tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 126/2015 pode ser consultada na íntegra. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123063>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

<sup>13</sup> De acordo com a notícia publicada no site oficial do Senado, tanto o relator, Senador Antonio Anastasia, quanto o Senador Randolpho Rodrigues entenderam que seria imprescindível um maior debate em torno da proposta. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/09/ccj-ouvira-procuradores-advogados-e-magistrados-sobre-estatuto-da-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 5 jan. 2019.



E é justamente sob este cenário que está inserido o presente trabalho. O que se pretende, aqui, é demonstrar a necessidade de criação, no Brasil, de uma legislação, válida em âmbito nacional, dispondo sobre normas gerais a respeito da responsabilidade civil do Estado, em complementação ao art. 37, § 6º da Constituição Federal. E, mais ainda, objetiva-se apresentar ao final uma proposta de um anteprojeto de lei sobre a temática.

No mais, e agora com o reforço do requerimento formulado no plano do Senado Federal, ambicionando a designação de Audiências Públicas para se discutir abertamente a proposta em tramitação no Congresso, vê-se que é exatamente este o momento para que se analise a essencialidade, e, também, um modelo de projeto de lei para a responsabilidade civil do Estado. Como apontou Irene Patrícia Nohara, ao escrever sobre a proposta de alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, recentemente realizada através da Lei nº 13.655/2018: “nada melhor do que a comunidade acadêmica discutir o que é pauta de provável alteração normativa, em vez de se debruçar sobre o tema depois de aprovado e em vigor (...), daí, em vez de podermos influenciar o curso dos acontecimentos, teremos de lidar diretamente com as externalidades”.<sup>14</sup>

Dentro de todo este contexto, a pesquisa desenvolvida encontra-se organizada em três partes, cada qual composta por quatro capítulos – com o fito de realizar uma divisão harmônica do conteúdo.

Na primeira parte, pretende-se demonstrar a essencialidade da edição de uma lei nacional, no Brasil, disciplinando normas gerais e aspectos processuais sobre a responsabilidade civil do Estado. Assim, em um primeiro momento, exterioriza-se o histórico de divergências existentes em torno da temática, em função da habitual ausência de um tratamento legislativo satisfatório dispensado ao instituto, ao menos quanto ao seu regramento básico (capítulo 1). Logo depois, é enfrentada a questão de como a elaboração de uma lei contribuiria para reduzir o nível de insegurança jurídica verificado em torno do tema da responsabilidade (capítulo 2). Em sequência, investiga-se a experiência dos demais países ibero-americanos, com o intuito de explicitar a existência, em outros locais, de legislações cuidando mais detalhadamente da responsabilidade estatal, descrevendo-se, outrossim, a estrutura normativa destes diplomas (capítulo 3). Por fim, aborda-se a matéria concernente à competência legislativa, e explicitam-se os temas que poderiam ser enquadrados dentro do conceito de “normas gerais” no âmbito da responsabilização, que exigiriam, ao lado dos aspectos processuais, enfrentamento obrigatório em eventual legislação (capítulo 4).

---

<sup>14</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015)*. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

Nas partes subsequentes são desenvolvidos, como consequência, os temas identificados anteriormente e as questões com eles conexas. Vale dizer, contudo, que a abordagem se direciona a como estes assuntos deveriam ser tratados por uma possível lei geral de responsabilidade civil do Estado. Em todos os capítulos destinados a esta explanação, realiza-se, por último, um comparativo com a redação final do Projeto de Lei nº 412/2011 da Câmara dos Deputados, e, também, com o Substitutivo apresentado, no Senado Federal, durante a tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 126/2015 – avaliando-se, com isso, as propostas atualmente existentes no âmbito do Congresso Nacional.

Desta forma, na segunda parte, são enfrentadas, e utilizando-se da nomenclatura cunhada por Celso Antônio Bandeira de Mello, as “questões capitais” da responsabilidade civil estatal.<sup>15</sup> Por esta razão, desenvolvem-se, sob a óptica da elaboração de uma legislação, fundamentalmente os seguintes conteúdos (e temáticas com eles relacionadas): i) quem seriam os sujeitos e quando os seus comportamentos originariam a obrigação de reparar do Estado (capítulo 1); ii) os caracteres que devem estar presentes na conduta, para que haja a responsabilidade (capítulo 2); iii) as características do dano reparável (capítulo 3); iv) as excludentes do dever reparatório (capítulo 4).

Ao final, na terceira parte, cuidam-se dos seguintes aspectos (e matérias interligadas): i) a reparação do dano e o direito de regresso (capítulo 1); ii) a responsabilidade por atos legislativos (capítulo 2); iii) a responsabilidade por atos judiciais (capítulo 3). No último capítulo, e com o propósito de dar maior concretude ao trabalho, é apresentado, a partir das ideias expostas, um anteprojeto de lei a respeito da responsabilidade civil do Estado (capítulo 4).

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1039.

## INTRODUÇÃO

Conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade civil do Estado diz respeito à “obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.<sup>16</sup> Este dever de reparação pode ser compreendido como uma modalidade de obrigação *ex lege*.<sup>17</sup> Contudo, a peculiaridade da responsabilidade enquanto obrigação reside no seu caráter subsidiário,<sup>18</sup> tendo em vista que o seu surgimento ocorre em função da necessidade de recomposição do prejuízo resultante da violação de um dever jurídico originário (obrigação primitiva).<sup>19</sup>

Nesta esteira, entendendo-se a responsabilização como uma forma de reparação de uma obrigação anterior transgredida, torna-se possível compreender, inclusive, o caráter sancionador que encobre a responsabilidade civil.<sup>20</sup> Não por outro motivo que Maurício Zockun identifica a obrigação reparatória estatal como uma verdadeira sanção.<sup>21</sup> Importante ressaltar

---

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1025. No mesmo sentido, é a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 813. Ainda, da mesma maneira, é o magistério de Diógenes Gasparini: “O comportamento unilateral comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio. Em razão disso, cabe perguntar: o Estado tem de recompor, integralmente, os gravames de ordem patrimonial infligidos à vítima de sua ação ou abstenção lesiva? Na obrigatoriedade, ou não, de restaurar o patrimônio ofendido reside o problema da responsabilidade civil do Estado”. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1108.

<sup>17</sup> Conforme pontua André Luiz Arnt Ramos. Segundo ele: “o dever de reparar o dano, no modelo codificado de reparação civil brasileiro, figura como modalidade de obrigação *ex lege*, muito embora seja usual, sobretudo nos domínios da manualística, abordá-lo em apartado ao Direito das Obrigações”. RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 145. Vale dizer que a observação, apesar de realizada dentro do âmbito do Direito Privado, pode ser aproveitada para o campo da responsabilidade civil do Estado.

<sup>18</sup> Como aponta Carolina Raboni Ferreira. FERREIRA, Carolina Raboni. *A admissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar numa comparação jurídica entre os ordenamentos brasileiro e francês*. 2016. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 21.

<sup>19</sup> Neste sentido, e por todos, pode-se destacar Sérgio Cavalieri Filho. Para ele: “Em apertada síntese, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

<sup>20</sup> Cf.: CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade Civil sem Dano – uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 187.

<sup>21</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 36.

que não se trata, todavia, de uma sanção punitiva, mas de uma forma diversa, destinada tão somente à compensação dos prejuízos ocasionados.<sup>22</sup>

No entanto, e como se infere do conceito destacado inicialmente, a obrigação de reparar pode surgir também de comportamentos lícitos estatais. E, assim, como falar, então, de responsabilidade? Nesta hipótese, poderia se argumentar que não existiria o descumprimento de uma obrigação primária (inexistiria violação de dever jurídico de modo antecedente).<sup>23</sup> A questão, todavia, resolve-se com a compreensão de que um ato lícito pode ser antijurídico, quando infrinja o princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, impondo danos injustos a determinadas pessoas, em prol do benefício da sociedade.<sup>24</sup> Por esta razão, nestas situações, a atuação do Estado também comprometeria a ordem jurídica, em razão do desrespeito ao princípio da igualdade.<sup>25</sup>

Como se vê, portanto, a responsabilidade do Estado se configura sinteticamente como o dever de reparação dos danos causados por uma conduta estatal.<sup>26</sup> Convém frisar, neste ponto, que a responsabilidade a que se faz menção, aqui, é somente aquela de origem extracontratual. Deste modo, e em contrapartida, não se está a tratar do dever reparatório do Estado decorrente de contratos, modalidade distinta de investigação.<sup>27</sup> Ademais, e considerando-se a utilização de outras terminologias pela doutrina,<sup>28</sup> torna-se importante asseverar que a adoção da nomenclatura “responsabilidade civil do Estado” não deve levar à descuidada conclusão de que a responsabilização estatal possui as mesmas bases do dever de reparar tradicionalmente previsto no âmbito do Direito civil.<sup>29</sup> O regime possui, diferentemente, as suas peculiaridades.<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Consoante assevera Bruno Leonardo Câmara Carrá. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade Civil ...*, p. 188.

<sup>23</sup> De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, a obrigação de indenizar decorrente de atos lícitos não se qualificaria, tecnicamente, como responsabilidade civil. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade...*, p. 9.

<sup>24</sup> Nos termos delineados por, entre outros, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820-821. O dano será examinado de forma detida no capítulo 3 da parte II, mas, por ora, apenas advir-se que o dano injusto é o dano reparável.

<sup>25</sup> A respeito dessa assertiva, cf.: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 39.

<sup>26</sup> Nos termos da síntese de Rafael Carvalho Rezende Oliveira. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 703.

<sup>27</sup> Por este motivo, e ao longo do trabalho, as expressões responsabilidade extracontratual estatal e responsabilidade civil do Estado, bem como possíveis derivações, serão utilizadas como sinônimos.

<sup>28</sup> Maurício Zockun identifica os seguintes rótulos, de forma não exaustiva: i) responsabilidade do Estado; ii) responsabilidade civil do Estado; iii) responsabilidade da Administração; iii) responsabilidade extracontratual do Estado; iv) responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado; v) responsabilidade civil da Administração; vi) responsabilidade patrimonial do Estado. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 16-17 (cf. nota “1”).

<sup>29</sup> Conforme advertência de Juliana Cristina Luvizotto. LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade Civil do Estado Legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 23.

<sup>30</sup> A afirmação será enfrentada de modo mais detido no capítulo 4 da parte I, ao se enfrentar o assunto da competência para legislar sobre a responsabilidade civil do Estado.



Ainda, outro ponto que merece destaque, a fim de se delimitar especificamente o que se entende por responsabilidade extracontratual estatal, trata-se da costumeira diferenciação realizada entre a responsabilidade civil e o sacrifício de direitos.<sup>31</sup> Por sacrifício de direitos, então, compreende-se a obrigação de indenizar os particulares nas situações em que a ordem jurídica atribui ao Estado a prerrogativa de investir legitimamente contra o direito de outrem, sacrificando determinados interesses privados.<sup>32</sup> Tratam-se, por exemplo, dos casos da desapropriação, servidão e requisição.<sup>33</sup> Já nas circunstâncias envolvendo a responsabilidade civil, a lesão é efeito reflexo da atuação estatal, não se constituindo como propósito principal o esgarçamento do direito.<sup>34</sup> Por esta razão, os institutos não podem ser confundidos.

Compreendida a noção de responsabilidade civil estatal, convém esclarecer que, se hoje se reconhece de forma ampla a imprescindibilidade de que o Estado recomponha o prejuízo resultante de suas atuações,<sup>35</sup> ainda que se possam encontrar resistências no âmbito de alguns domínios,<sup>36</sup> o histórico do instituto denota que nem sempre foi assim. Prova disso é que a abordagem histórica geral da responsabilidade inicia-se, no mais das vezes, pela explicitação da denominada “fase da irresponsabilidade”.<sup>37</sup> O que se pode verificar, deste desenvolvimento, é uma crescente preocupação com a limitação da atuação estatal e, principalmente, com a

<sup>31</sup> Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “é tradicional a distinção entre a responsabilidade civil por danos causados pela atuação estatal e o sacrifício de direitos”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 703.

<sup>32</sup> Segundo a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1026. No mesmo sentido: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

<sup>33</sup> Como identifica Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 16-17.

<sup>34</sup> Na esteira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, violando-os, como mero subproduto, como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1028.

<sup>35</sup> Dentro deste contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello chega até mesmo a afirmar, ao tratar da responsabilização extracontratual estatal, que: “esta noção é, hoje, curial no Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1025.

<sup>36</sup> Como se verificará, oportunamente, nas hipóteses da responsabilização decorrente de atos legislativos e judiciais (capítulos 2 e 3, respectivamente, da parte III).

<sup>37</sup> O histórico da responsabilidade civil do Estado, de forma geral (ou seja, não exclusivo ao cenário nacional), é tratado de forma detida por diversos autores (com foco na responsabilidade pelo exercício da função administrativa). Citam-se, aqui, apenas alguns manuais de Direito administrativo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1033-1038; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 814-818; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 211-215; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 592-595; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 656-658; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 746-747; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Altas, 2018, p. 843-853; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1110-1115.

proteção do lesado,<sup>38</sup> sendo esta última uma inquietação comum a responsabilidade civil como um todo.<sup>39</sup>

E como a responsabilidade civil do Estado é enfrentada, atualmente, no âmbito do Direito positivo brasileiro? O tratamento mais geral da temática possui supedâneo, tão somente, no art. 37, § 6º da Constituição Federal,<sup>40</sup> cumprindo-se esclarecer, entretanto, que também existem outros dispositivos constitucionais expressamente dedicados ao assunto, mas que englobam apenas enfoques específicos dentro da temática.<sup>41</sup> Assim, pode-se dizer que a disciplina básica da responsabilidade civil está fundamentada, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico nacional, tão somente em um único artigo da Constituição, mesmo porque, o art. 43 do Código Civil de 2002 nada acrescenta à norma constitucional.<sup>42</sup>

Ocorre que, muito em função disso, a responsabilização estatal, no Brasil, encontra-se marcada por uma série de controvérsias,<sup>43</sup> constituindo-se em uma matéria de reduzida certeza jurídica.<sup>44</sup> Ademais, verifica-se um protagonismo da doutrina e da jurisprudência no

<sup>38</sup> Como bem sintetizou Rafael Carvalho Rezende Oliveira. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 704.

<sup>39</sup> O que pode ser verificado através do que se denominou de “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil”, marcada pela flexibilização dos seus pressupostos, com o intuito de privilegiar a reparação da vítima. Sobre o assunto, cf. a obra de Anderson Schreiber. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*: da erosão dos filtros da reparação à erosão dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11-12.

<sup>40</sup> Convém, novamente, colacionar a redação do mencionado dispositivo: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>41</sup> Tratam-se: i) do art. 5º, LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”; ii) do art. 21, XXIII, “d”: “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”. O primeiro será alvo de explanação no capítulo 3 da parte III, destinado à responsabilidade civil do Estado por atos judiciais. Já o segundo não será alvo da presente investigação, por se tratar de tema específico e diante da existência de tratamento legislativo ordinário por intermédio da Lei nº 6.453/1977.

<sup>42</sup> O art. 43 do Código Civil de 2002 tem a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. Em comparação com o art. 37, § 6º da Constituição Federal, observa-se que não houve menção às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

<sup>43</sup> Cf., como exemplo, e por todos: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil...*, p. 16-18. O assunto será enfrentado especificamente no capítulo 1 da parte I.

<sup>44</sup> Conforme bem observa Emerson Gabardo, para quem: “O tema da responsabilidade do Estado, notadamente aquele referente à sua atuação extracontratual e de índole civil, é sempre muito interessante. Note-se que é um dos ramos do Direito Público em que mais teorias conflitantes há. Reduzindo muito o problema, poder-se-ia afirmar que existem pelo menos dois grandes *locus* de divergência: o doutrinário e o jurisprudencial. (...) Da constatação desta pluralidade de interpretações vem a conclusão de que o tema da responsabilidade é um dos que menos certeza jurídica se possui”. GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (orgs.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-298, p. 259-260.

desenvolvimento do assunto,<sup>45</sup> em razão de um papel tímido do Poder Legislativo,<sup>46</sup> sobretudo sob o ponto de vista da edição de uma legislação nacional que disciplinasse normas gerais e aspectos processuais relacionados ao tema, em complementação ao dispositivo constitucional – questão esta que, inclusive, foi alvo de compromisso por ocasião da edição do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.<sup>47</sup> Todavia, dentro deste contexto, parece salutar que o Poder Legislativo, consubstanciado em sua origem democrática, seja o palco principal de enfrentamento de assuntos relevantes para a sociedade,<sup>48</sup> como é o caso específico da responsabilização estatal, notadamente pela sua proximidade com a vida cotidiana.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar a evolução normativa da responsabilidade civil do Estado no Brasil, realça o papel preponderante da doutrina e da jurisprudência: “A doutrina, sobretudo, e parte dos juízes sustentaram teses avançadas em relação aos termos do Direito Positivo, procurando extrair, mediante interpretação sistemática da ordenação jurídica, posições bastante evoluídas”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1060.

<sup>46</sup> Eneida Desiree Salgado e José Nunes de Cerqueira Neto apontam, no geral, a existência de uma crise do Poder Legislativo no contexto nacional, resultando em um maior protagonismo do Poder Judiciário. SALGADO, Eneida Desiree; CERQUEIRA NETO, José Nunes de. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 114-130, jan./jun. 2016, p. 115.

<sup>47</sup> Depreende-se, como um dos objetivos do Pacto, assinado em 2009, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: “2.13 – Regulamentação da responsabilidade civil do Estado para estabelecer formas de reparação, em especial no âmbito administrativo, de danos provocados pelo Poder Público, bem como as formas de regresso em relação aos seus causadores”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Outros/IIpacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

<sup>48</sup> Consoante aponta Cynara Monteiro Mariano. MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 209.

<sup>49</sup> André Luiz Arnt Ramos destaca a proximidade da reparação civil com a vida cotidiana. RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos...*, p. 145. A afirmação, feita no âmbito da responsabilidade civil do Direito privado, pode ser aproveitada, sem prejuízo, para a responsabilidade extracontratual estatal.

## PARTE I – A NECESSIDADE DE UMA LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

### Capítulo 1 – A experiência da responsabilidade civil do Estado no Brasil: um histórico de divergências em razão da insuficiência (ou deficiência) legislativa

O objetivo não é o de analisar como se deu a evolução da responsabilidade civil do Estado no Brasil, detalhando cronologicamente os diferentes diplomas normativos que se dispuseram a tratar da matéria ao longo do tempo.<sup>50</sup> A intenção é a de demonstrar que o instituto, no Direito pátrio, esteve historicamente permeado por divergências, em razão, principalmente, do habitual tratamento normativo insatisfatório dispensado à matéria, no que se refere à sua disciplina básica.<sup>51</sup>

Para evidenciar esta recorrente insuficiência do ordenamento jurídico no trato basilar do tema, e a falta de consenso decorrente disto, decidiu-se examinar quatro momentos distintos. Inicialmente, um cenário em que inexistia regramento geral – os primeiros anos da República. Outrossim, elegeram-se três importantes marcos legislativos posteriores: i) o art. 15 do Código Civil de 1916, tendo em vista tratar-se da primeira legislação a instituir de forma ampla a ideia de responsabilidade no país;<sup>52</sup> ii) o art. 194 da Constituição Federal de 1946, por ser o texto constitucional mais relevante precedente ao atual;<sup>53</sup> iii) por fim, o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, regra hoje em vigor.

O foco, até o diploma constitucional vigente, é o de analisar apenas as discordâncias existentes quanto aos caracteres da conduta para originar a responsabilidade, por se tratar,

<sup>50</sup> O assunto é tratado exaustivamente pela doutrina. Cf., como exemplo, alguns manuais de Direito administrativo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1059-1065; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 818-821; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 215-217; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 595-597; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 853-859; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 705-706. As obras, apesar de já terem sido mencionadas anteriormente, foram novamente referenciadas de forma completa, tendo em vista o início de parte específica da pesquisa (a fim de facilitar eventual identificação). Esta sistemática será adotada com todas as outras referências.

<sup>51</sup> Como já se disse, a responsabilidade civil do Estado desenvolveu-se, sobretudo, através da contribuição da doutrina e da jurisprudência.

<sup>52</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out./dez. 1995, p. 21.

<sup>53</sup> Isto porque, as Constituições Federais de 1934 e de 1937 não importaram em alterações significativas. O art. 171 da CF/1934, bem como o art. 158 da CF/1937, previam a responsabilidade do Estado solidária com a do funcionário. No mais, as Constituições posteriores à de 1946, e anteriores à de 1988, apenas repetiram a regra da CF/1946, alterando somente a redação do preceito. Sobre o assunto, cf.: BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 52-53.



dentre as questões elementares,<sup>54</sup> daquela mais discutida. Nesta seara, o debate gira em torno da necessidade de definição se, para a responsabilização, exige-se a demonstração da presença de culpa ou dolo na conduta lesiva, ainda que não de forma individualizada (como querem as teorias subjetivas), ou se o elemento subjetivo do comportamento é totalmente dispensável (hipótese sustentada pelas teorias objetivas).<sup>55</sup> Em outras palavras, trata-se da conhecida dicotomia entre a responsabilidade subjetiva ou objetiva estatal.

O primeiro dos momentos é, então, o início da República. Neste período, a Constituição Federal de 1891 proporcionava debates no tocante à ideia da responsabilização civil estatal, diante do preceito contido em seu art. 82.<sup>56</sup> Como ensina Amaro Cavalcanti, em texto publicado originalmente em 1905, duas eram as interpretações: i) a de que a norma, prevendo apenas a responsabilidade do funcionário, excluía qualquer obrigação estatal (Estado irresponsável, portanto);<sup>57</sup> ii) a de que a regra, assim como a Carta Constitucional como um todo, não continha nenhuma disposição expressa no tocante à responsabilidade extracontratual do Estado, de maneira que esta não poderia ser excluída *a priori*.<sup>58</sup> Vale dizer que, no campo da legislação ordinária, leis especiais previam a obrigação reparatória em casos específicos.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> De acordo com o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, as questões capitais da responsabilidade civil do Estado envolveriam: i) os sujeitos cujo comportamento comprometeria a responsabilidade estatal; ii) os caracteres da conduta necessários ao surgimento da obrigação; iii) as características do dano reparável; iv) o nexo de causalidade e as hipóteses excludentes. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1039-1040.

<sup>55</sup> Como ensina Luciano Ferraz, a diferença entre as teorias subjetivas e objetivas está nos elementos configuradores da responsabilidade. Para as primeiras exige-se, o dano, o nexo causal, e também a noção de culpa ou dolo (do agente ou ainda do serviço). Para a responsabilidade objetiva, basta o nexo causal entre o comportamento e o dano. FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-225, p. 213.

<sup>56</sup> “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

<sup>57</sup> Pode-se observar um exemplo desta interpretação em acórdão do Supremo Tribunal Federal citado por Amaro Cavalcanti (n. 681, de 2 de dezembro de 1901). CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 653 (nota 117). Contemporaneamente, veja-se a opinião de Romeu Felipe Bacellar Filho sobre o dispositivo em questão: “A Constituição de 1891, em seu art. 82, praticamente repetia o dispositivo do art. 179, XXIX da Constituição Imperial, que adotava a tese do Estado irresponsável, estabelecendo a estrita responsabilidade dos empregados públicos”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 204.

<sup>58</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil...*, p. 653 (nota 118). Ainda, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: “ditos preceptivos (das Constituições de 1824 e 1891) jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas de responsabilidade pessoal do agente (...)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1060.

<sup>59</sup> Amaro Cavalcanti exemplifica uma série destas leis. Dentre as enumeradas por ele, podem-se citar: i) o Decreto nº 1930, de 26 de abril de 1857, que determinava que a administração individual ou coletiva de uma estrada de ferro era civilmente responsável pelos danos causados pelos seus empregados; ii) o art. 86, § 2º do Código Penal de 1890 c/c o art. 84 da Lei nº 221, de 1894, que previam o pagamento de indenização àqueles que, condenados por decisões judiciais, fossem absolvidos posteriormente em consequência de revisão realizada pelo Supremo Tribunal Federal. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil...*, p. 614-619.

A despeito da polêmica, prevaleceu largamente a noção de responsabilização nos tribunais pátrios.<sup>60</sup> A jurisprudência, todavia, demonstrou-se vacilante quanto aos requisitos para a caracterização da conduta lesiva. Neste sentido, quando dos trabalhos da primeira Comissão Revisora do Projeto do Código Civil,<sup>61</sup> o naquele tempo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Aquino e Castro, assim se pronunciou: “não há, pois, jurisprudência assentada sobre assunto de tamanha importância (...)”.<sup>62</sup> Neste mesmo sentido, Amaro Cavalcanti anotou que à época não existia no Supremo Tribunal Federal posição certa e fundada sobre a questão.<sup>63</sup> Em síntese, em um contexto de desamparo normativo (de silêncio constitucional e de ausência de uma legislação ou dispositivo ordinário que regulasse a matéria de forma geral), não houve pacificação quanto ao tema.

Passado este primeiro momento, nota-se nos períodos seguintes uma opção por disciplinar a responsabilidade extracontratual estatal de forma genérica, em dispositivos normativos específicos (em âmbito ordinário e constitucional). Como advertido acima, elegeram-se três destes marcos legislativos para análise, sendo que o primeiro deles é o art. 15 do Código Civil de 1916,<sup>64</sup> em virtude do seu pioneirismo. Quanto a este, o que se percebe é que, provavelmente em decorrência da simplicidade da norma,<sup>65</sup> ou mesmo em função da redação imprecisa, as divergências concernentes à matéria persistiram. Por isso, não houve consenso, em sua interpretação, nem mesmo quanto aos requisitos do comportamento estatal necessários para gerar o dever de reparar (ou seja, se existe, ou não, a imprescindibilidade de perquirição de culpa ou dolo na conduta).<sup>66</sup>

O dissenso outrora existente é descrito por muitos autores como, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assevera que a expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”, insculpida na norma, conduzia à ideia de que a

<sup>60</sup> Neste sentido, cf.: CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil...*, p. 622; CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914, p. 140 (nota 69). Ruy Barbosa, outro jurista do período, era ainda mais incisivo. Para ele, a justiça brasileira jamais teria hesitado em obrigar o Estado a reparar os prejuízos gerados. BARBOSA, Ruy. *A culpa civil das Administrações Públicas*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1898, p. 55.

<sup>61</sup> Os trabalhos foram confeccionados no período de 29 de março a 2 de novembro de 1900.

<sup>62</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil...*, p. 624 (nota 99c).

<sup>63</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil...*, p. 624. A carência de uma orientação consolidada na Corte pode ser depreendida, também, da obra de Viveiros de Castro, publicada em 1914. VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 651 e ss.

<sup>64</sup> “As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

<sup>65</sup> Amaro Cavalcanti assevera inclusive ter proposto emendas, a fim de que o dispositivo ganhasse maior detalhamento. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil...*, p. 618-620 (nota 98-d).

<sup>66</sup> O dispositivo foi o único a regular, genericamente, a matéria até o advento da Constituição Federal de 1934.

culpa (ou dolo) do funcionário deveria ser demonstrada para o que o Estado respondesse. Contudo, a falta de clareza do dispositivo, como um todo, permitiu que alguns intérpretes defendessem naquele momento outros posicionamentos.<sup>67</sup>

Clóvis Beviláqua, autor do projeto que originou o Código, ao comentar a regra em questão, explicitou que a responsabilidade estatal adviria unicamente de um ato ilícito praticado pelo representante estatal – que, para cometê-lo, teria de ter agido com culpa ou dolo.<sup>68</sup> Para Ruy Cirne Lima, ao contrário, o dispositivo em questão estabelecia que todos os danos provenientes de ilegalidades deveriam ser reparados, tornando-se dispensável a aferição da culpa ou dolo do agente,<sup>69</sup> uma vez que a ilegalidade não necessariamente estava vinculada à ideia de culpa.<sup>70</sup>

Outro, ainda, era o entendimento de Mario Masagão. Segundo o autor, o dispositivo em comento sufragava a teoria da *faute du service*.<sup>71</sup> Para a compreensão da diferença com os demais pensamentos, cumpre-se anotar que esta teoria, de origem francesa, foi concebida para ser aplicada, conforme uma de suas facetas, quando não fosse viável apontar o agente responsável pelo prejuízo. Nesta situação, a imputação da responsabilidade seria direta ao Estado, quando verificado que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado.<sup>72</sup> O que se percebe é que, com base nesta construção, a responsabilidade se desvincula da obrigatoriedade de um agir doloso ou culposo de um indivíduo, para fazer recair a obrigação

---

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 818. Outros autores também apontam a divergência interpretativa: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 595; CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 367.

<sup>68</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917, p. 207. Cf., também, comentários ao art. 159 do Código Civil. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil...*, p. 417.

<sup>69</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livrarias do Globo, 1939, p. 192.

<sup>70</sup> Nesta esteira, conforme lembra Pontes de Miranda: “À contrariedade a direito não é essencial juntar-se culpa; há o contrario a direito sem culpa (...)”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 197.

<sup>71</sup> MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 322.

<sup>72</sup> Consoante as lições de Daniel Wunder Hachem. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155, p. 1134-1138.

reparatória sobre a própria estrutura estatal,<sup>73</sup> quando ocorrida a falta do serviço, ou, como também se sustenta, a culpa do serviço.<sup>74</sup>

Em contrapartida, e diferentemente dos demais, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Orozimbo Nonato entendia que a regra não afastava a possibilidade de responsabilizar o Estado, de forma direta, objetivamente. Para ele, a norma em comento proclamaria a responsabilidade estatal por ato de seu agente contrário ao Direito. A expressão, assim, seria ampla, trazendo consigo a abertura necessária para caracterizar a responsabilidade estatal independente da perquirição de qualquer culpa no comportamento (objetiva, por assim dizer).<sup>75</sup>

Como se vê, várias eram as divergências interpretativas com relação ao art. 15 do Código Civil de 1916. A jurisprudência pátria, com destaque para a do Supremo Tribunal Federal, também oscilou.<sup>76</sup> Carlos Bastide Horbach destaca que os arestos da Corte, nos primeiros anos após o advento da norma, apontavam para a responsabilização estatal direta somente nos casos em que se verificasse estritamente a ação culposa dos agentes públicos (negligência, imprudência ou imperícia).<sup>77</sup> Contudo, conforme ressalta José Cretella Júnior, esta orientação modificou-se posteriormente, passando-se a admitir a obrigação de reparação também nas situações envolvendo atos dolosos.<sup>78</sup> Destaque-se, ainda, a possibilidade de identificação de posicionamentos, no período em comento, que admitiam a responsabilidade de

---

<sup>73</sup> Nos termos explicitados por Romeu Felipe Bacellar Filho. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 214.

<sup>74</sup> Verifica-se a existência de discordâncias quanto à tradução da locução *faute du service* como “falta do serviço” ou como “culpa do serviço”. Apenas como exemplo, constatando a existência desta problemática, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1036.

<sup>75</sup> Este posicionamento do magistrado pode ser depreendido de voto proferido por ele na ACi n. 7.127/SP (de sua própria relatoria, julgada em 18 de agosto de 1942). Ademais, para o Ministro, o artigo era incompleto e não contemplava todas as hipóteses, podendo-se sustentar a responsabilização objetiva, como destacou em seu voto na ACi n. 7.264/RS, de relatoria do Ministro Hahnemann Guimarães, julgada em 13 de abril de 1949. LEAL, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial*: Ministro Orozimbo Nonato. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 71-72.

<sup>76</sup> Examina-se, aqui, o período posterior à vigência do art. 15 do Código Civil de 1916 e anterior à promulgação da Constituição Federal de 1946 (próximo marco legislativo a ser analisado).

<sup>77</sup> HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial*: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 128.

<sup>78</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 245.



forma objetiva, como no caso dos ex-ministros Pedro Lessa<sup>79</sup> e Orozimbo Nonato,<sup>80</sup> ainda que em votos vencidos.

Pode-se concluir, portanto, que o art. 15 do Código Civil de 1916, como o primeiro marco legislativo destinado a disciplinar a responsabilidade civil do Estado em espectro amplo, demonstrou-se insuficiente. Posteriormente, verifica-se o surgimento de um movimento importante: a normatização quanto à responsabilidade civil do Estado foi alçada expressamente à esfera constitucional, já que as Constituições Federais posteriores passaram a cuidar, de forma explícita, desta temática. No entanto, dentro deste relevo, e conforme já destacado, duas normas merecem especial atenção.

O primeiro dispositivo constitucional que se pretende analisar, nesta esteira, é o art. 194 da Constituição Federal de 1946,<sup>81</sup> considerado pela doutrina como a primeira norma a adotar expressamente, no Brasil, a responsabilidade extracontratual objetiva estatal, e daí a sua relevância.<sup>82</sup> O argumento utilizado para defender a consagração da objetivação, como bem pontua Yussef Said Cahali, foi o de que o elemento subjetivo (culpa ou dolo) encontrava-se como pressuposto somente para o caso da ação regressiva contra o funcionário – o que implica dizer, por exclusão, que a responsabilização direta do Estado prescindiria desta demonstração.<sup>83</sup> Todavia, ao contrário do que parece, o dispositivo não pacificou a questão atinente aos requisitos da conduta deflagradora da responsabilidade. Os contornos desta discordância serão expostos sinteticamente a seguir.

Mario Masagão afirmava, na década de 1960, que o texto do art. 194 da Constituição Federal de 1946 foi oriundo de proposta oferecida por ele. Segundo o autor, o dispositivo adotava abertamente, no tocante à obrigação estatal de reparação, a responsabilidade objetiva estatal (bastando-se, para caracterizar o dever, comprovar a existência do dano e o nexo de

<sup>79</sup> Conforme pontua Carlos Bastide Horbach, este, entre os anos de 1918 e 1920, liderou uma divergência (vencedora, por exemplo, na Apelação Cível n. 2.403, julgada em 28 de dezembro de 1918), em prol de uma maior proteção do cidadão ante as atuações do Poder Público. HORBACH, Carlos Bastide *Memória jurisprudencial...*, p. 131.

<sup>80</sup> Cf., como exemplo, voto na ACi n. 7.225/RN, Relator Ministro José Linhares, julgada em 05 de janeiro de 1943: “Não pode um cidadão que vive sob a tutela das leis sofrer prejuízos para os quais não contribuiu e que fiquem sem reparação. Não é caso de pesquisar a culpa da União ou do Estado, mas de verificação de prejuízos suportados por alguns em benefício de muitos. Esses muitos, a coletividade, deve reparações”. LEAL, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial...*, p. 257-259.

<sup>81</sup> Art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

<sup>82</sup> Neste sentido, cf.: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 280; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1061. Muito se discutiu, também, se o dispositivo revogou, ou não, o art. 15 do Código Civil de 1916.

<sup>83</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 367. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 819.

causalidade entre este e a ação ou omissão do Estado).<sup>84</sup> Contudo, como observa Weida Zancaner, não houve consenso, tendo em vista que um número considerável de doutrinadores rechaçou a ideia de que a Constituição de 1946 tivesse abandonado de vez as teorias subjetivas (que exigem demonstração de culpa ou dolo na conduta) para a responsabilidade extracontratual do Estado.<sup>85</sup> Neste sentido, por exemplo, é o magistério de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem a responsabilidade objetiva se limitaria apenas às condutas comissivas, não abarcando as hipóteses das omissões.<sup>86</sup>

As divergências doutrinárias também se refletiram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Caio Tácito, em texto de 1959, apontava de maneira incontestada a grande divergência opinativa existente naquela Corte. Como exemplo desta ausência de concordância, o autor cita o RE nº 20.732, de 25 de abril de 1958, em que se notam ao menos três entendimentos divergentes: i) a preferência do Ministro Orozimbo Nonato pela noção de responsabilização objetiva; ii) a defesa do Ministro Nelson Hungria à ideia de verificação da culpa ou dolo do agente; iii) o entendimento do Ministro Villas Boas alinhado à teoria da *faute du service*.<sup>87</sup> Rápida análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no período subsequente à norma, permite constatar várias menções à noção de culpa, provenientes de diferentes Ministros, e que dão conta da ausência de abandono das teorias subjetivas.<sup>88</sup>

Nota-se, assim, que o dispositivo constitucional do art. 194 da Constituição Federal de 1946 ainda suscitou muitas controvérsias – o que sinaliza a sua incompletude.<sup>89</sup> Aparentemente, e como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello, a discussão centrou-se na seguinte

<sup>84</sup> MASAGÃO, Mário. *Curso...*, p. 323.

<sup>85</sup> ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 57-58.

<sup>86</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 485.

<sup>87</sup> TÁCITO, Caio. Tendências atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 55, p. 261-273, 1959.

<sup>88</sup> Citem-se, entre outros: RE 18975, Relator: Min. Nelson Hungria, Primeira Turma, julgado em 27/12/1951, DJ 24/01/1952; RE 17746, Relator: Min. Rocha Lagoa, Segunda Turma, julgado em 28/10/1952, DJ 14/10/1954; RE 21225, Relator: Min. Luiz Galloti, Primeira Turma, julgado em 30/07/1953, DJ 29/10/1953; RE 33953, Relator: Min. Afrânio Costa (convocado), Primeira Turma, julgado em 01/08/1957, DJ 26/09/1957; RE 37448, Relator: Min. Ribeiro da Costa, Segunda Turma, julgado em 19/08/1958, DJ 02/10/1958; RE 51342, Relator: Min. Hermes Lima, Segunda Turma, julgado em 07/04/1964, DJ 21/05/1964; AI 33157 AgR, Relator: Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/1965, DJ 20/10/1965; RE 61387, Relator: Min. Evandro Lins, Relator p/ Acórdão: Min. Themístocles Cavalcanti, Segunda Turma, julgado em 29/05/1968, DJ 04/11/1968.

<sup>89</sup> Os dispositivos das Constituições de 1967 (art. 105) e da Emenda Constitucional de 1969 (art. 107) mantiveram o conteúdo, trazendo alteração mínima na redação. Art. 105 da CF/1967: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”; Art. 107 da EC/1969: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

proposição: a regra supracitada, com relação ao comportamento do Estado, consagrou a teoria objetiva para a generalidade dos casos, ou permitiu a adoção da teoria subjetiva para situações específicas?<sup>90</sup> O debate, longe de ter sido resolvido, ainda subsiste na Constituição atualmente vigente. Passa-se, então, ao segundo dispositivo constitucional que se pretende analisar.<sup>91</sup>

A Constituição Federal de 1988 trata da responsabilidade civil do Estado em seu art. 37, § 6º.<sup>92</sup> A redação da regra é mais completa do que a das Constituições anteriores.<sup>93</sup> Contudo, o dispositivo, na esteira dos marcos legislativos antecessores, também enseja zonas de divergência interpretativas.<sup>94</sup> Como adiantado, uma delas está correlacionada com os caracteres do comportamento do Estado para que a responsabilidade seja gerada. Mas não é só. E, dentro deste contexto, por tratar-se da norma em vigor, torna-se necessário que as principais discordâncias, para além da já referida, também sejam elencadas.<sup>95</sup>

A mais conhecida delas, portanto, é aquela relacionada aos requisitos da conduta lesiva. Isto porque, ainda que atualmente haja consenso sobre a incidência da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de condutas comissivas, há dissenso no tocante às omissões. Aqui, uma vertente defende a aplicação de um regime de responsabilidade subjetiva, com subsídio na teoria da *faute du service*.<sup>96</sup> Outra corrente, por sua vez, sustenta que o dever reparatório, assim como nas situações de ações, independe de comprovação de dolo ou culpa.<sup>97</sup> Em resumo, para alguns a responsabilidade objetiva é aplicada indistintamente. Para outros, ao contrário, inexisteria a possibilidade de utilização deste sistema nas situações envolvendo omissões

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p.1063-1064.

<sup>91</sup> O dispositivo regulamenta de forma geral a responsabilidade extracontratual atualmente, conjuntamente com o art. 43 do Código Civil de 2002. Ocorre que este apenas repete, com impropriedade, a regra constitucional. Sobre o dispositivo, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Código Civil de 2002, em seu art. 43, reproduz a mesma orientação estampada no texto constitucional, havendo, todavia, omitido referência que este faz às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Não é de se estranhar. Ao contrário do Código anterior, o atual, toda vez que se abalança a referir algo da esfera do direito público, incorre em alguma impropriedade ou omissão”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p.1062.

<sup>92</sup> Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>93</sup> Consoante adverte Gustavo Tepedino. TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 173-197, p. 189.

<sup>94</sup> A expressão é de Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, Faute Du Service e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 239-292, p. 262.

<sup>95</sup> As principais controvérsias serão apenas demonstradas. O enfrentamento será oportunamente realizado nas partes II e III.

<sup>96</sup> Cumpre-se destacar, contudo, que existem divergências quanto à qualificação da teoria da *faute du service* como teoria subjetiva. Neste sentido, cf.: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado..., p. 269-282.

<sup>97</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado..., p. 262.

estatais, hipóteses em que seria imprescindível a investigação do elemento subjetivo no comportamento. A divergência doutrinária também se reflete na jurisprudência.<sup>98</sup>

Outro assunto que gera discordâncias, com relação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, está na viabilidade, ou não, da ação de reparação ser intentada diretamente contra o agente público. A matéria em questão possui repercussão geral reconhecida no RE 1027633/ SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.<sup>99</sup> Ainda, discute-se se a pessoa jurídica responsabilizada poderia promover a competente denúncia da lide do agente responsável.<sup>100</sup>

E não é só. Podem-se verificar dissonâncias interpretativas, também, quando se está diante da possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado por atos legislativos.<sup>101</sup> De acordo com o posicionamento tradicional de Diógenes Gasparini, por exemplo, apenas a edição de lei inconstitucional poderia obrigar o Estado a reparar os prejuízos dela decorrentes.<sup>102</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, e de forma mais abrangente, reconhece que a responsabilidade do Estado deve ser aceita nos casos de leis inconstitucionais, leis de efeitos concretos e, ainda, em face da omissão do poder de legislar.<sup>103</sup> Neste ponto, verifica-se escassez de tratamento na jurisprudência brasileira,<sup>104</sup> o que contribuiu para a perpetuação das discordâncias.

<sup>98</sup> No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, esta tensão entre a necessidade, ou não, de demonstração de culpa ou dolo nos casos de omissão pode ser depreendida de acórdão, em repercussão geral, proferido no julgamento do RE 841526/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux (que envolvia a obrigação de reparação estatal, por inércia, em virtude de morte de detento em estabelecimento penitenciário). Apesar da referência à responsabilidade objetiva, o entendimento prevalecente menciona que, para além do dever de atuação, a responsabilização do Estado dependeria da demonstração da efetiva possibilidade de agir – o que, ainda que inconscientemente, significaria retomar o elemento culpa como requisito e, portanto, o regime subjetivo. Cf.: RE 841526/RS, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, DJe 29/07/2016.

<sup>99</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – RÉU AGENTE PÚBLICO – ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – ADMISSÃO NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva ao alcance do artigo 37, § 6º, da Carta Federal, no que admitida a possibilidade de particular, prejudicado pela atuação da Administração Pública, formalizar ação judicial contra o agente público responsável pelo ato lesivo (RE 1027633 RG /SP, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 23/03/2017, DJe 21/11/2017).

<sup>100</sup> Conforme destacam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “A denúncia da lide é uma forma de intervenção forçada de terceiro em um processo já pendente que tem cabimento à vista da afirmação, pelo denunciante, da existência de um dever legal ou contratual de garantia do denunciado de sua posição jurídica. Com a litisdenúncia convoca-se o terceiro para participar do processo auxiliando o denunciante ao mesmo tempo em que contra esse mesmo terceiro se propõe uma demanda de regresso para a eventualidade de o denunciante sucumbir”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 201.

<sup>101</sup> O fundamento para essa modalidade também reside, como se verá oportunamente (capítulo 2 da parte III), no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

<sup>102</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1118.

<sup>103</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, p. 827.

<sup>104</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 191. Destaque-se, neste campo, o RE 565089/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida, que trata da responsabilidade do estado por omissão legislativa (especificamente, do art. 37, X da CF).

Ainda, a responsabilização estatal por atos judiciais,<sup>105</sup> conforme pontuam Clèmerson Merlin Clève e Júlia Ávila Franzoni, também é palco de desacordos.<sup>106</sup> A discussão, aqui, cinge-se à possibilidade de reparação para além das situações já expressamente previstas normativamente.<sup>107</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, neste viés, parece ter se sedimentado quanto à existência do dever estatal reparatório somente nos casos explicitamente consignados em lei (demonstrando um entendimento conservador, portanto).<sup>108</sup>

Com maior ou menor controvérsia, outros assuntos também podem suscitar dúvidas com relação ao art. 37, § 6º da Constituição Federal. Entre outros: i) quais as situações em que a responsabilidade é afastada;<sup>109</sup> ii) o conteúdo conceitual das excludentes;<sup>110</sup> iii) qual a ocasião em que o indivíduo efetivamente atua com o *status* de agente público.<sup>111</sup> Quando se fala ainda especificamente nas pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, também exsurtem diversos questionamentos, como por exemplo: i) qual o sentido da locução “serviços públicos”, para o fim de se averiguar quem seriam efetivamente os destinatários da norma;<sup>112</sup> ii) nestes casos, a reparação consoante o regime previsto constitucionalmente compreenderia somente os usuários, ou também abrangeria os terceiros não usuários.<sup>113</sup>

<sup>105</sup> Que, conforme se demonstrará (capítulo 3 da parte III), também tem como fundamento principal o art. 37, § 6º da Constituição Federal.

<sup>106</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12. n. 47, p. 107-125, jan./mar. 2012, p. 109-110.

<sup>107</sup> Como, por exemplo: art. 143 do Código de Processo Civil, art. 49 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN) e art. 5º, LXXV da Constituição Federal.

<sup>108</sup> Confirmam-se recentes precedentes, ambos de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso: ARE 833909 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 19/05/2017; ARE 828027 AgR-segundo, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, DJe 23/11/2017.

<sup>109</sup> Entre outros, polêmico é o caso da reserva do possível, como excludente, ou não, de responsabilidade. Favorável ao afastamento da obrigação, cf. FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: Juarez Freitas (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197, p. 170. Contrariamente, cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil...*, p. 243.

<sup>110</sup> Sobre o assunto, em especial da querela envolvendo a conceituação de caso fortuito e força maior, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil...*, p. 241.

<sup>111</sup> Neste sentido, são interessantes alguns arestos do Supremo Tribunal Federal: RE 135310, Relator: Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 10/11/1997, DJ 27/02/1998; RE 160401, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 20/04/1999, DJ 04/06/1999; ARE 644395 AgR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 20/10/2011.

<sup>112</sup> Cf., sobre o assunto: CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Responsabilidade civil das Pessoas Jurídicas Prestadoras de Serviços Públicos. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 136-157, p. 144-156. Ainda, sobre as consequências desta problemática, cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e Novo Código Civil...*, p. 225-228.

<sup>113</sup> O Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço (RE 591874, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009). Contudo, em oportunidades anteriores, o Pretório Excelso já havia se posicionado em sentido contrário. Cf., entre outros: RE 262651, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/11/2005, DJ 06/05/2005.



O que se vê, portanto, é que a responsabilidade civil do Estado esteve historicamente cercada por controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Nesta esteira, infere-se que o dissenso decorreu, principalmente, do tratamento legislativo insatisfatório dispensado à matéria (no que se refere à sua disciplina básica). Isto porque, em um primeiro momento, sequer existia qualquer regramento geral (no caso dos primeiros anos da República). Ademais, posteriormente, o tema passou a ser tratado de forma ampla por dispositivos específicos, com redações que suscitaram discordâncias, e que possuem, como um traço comum, a singeleza – como nas situações examinadas do art. 15 do Código Civil de 1916 e do art. 194 da Constituição Federal de 1946. O art. 37, § 6º da Constituição Federal, norma atualmente vigente, e que consagra genericamente a responsabilização do Estado, também não foge a esta regra. O dispositivo, como visto, é permeado por divergências interpretativas.

Ocorre que, potencialmente, as discordâncias poderiam ser reduzidas pela existência de marcos legislativos mais assertivos, que conferissem um tratamento mais adequado ao instituto. No panorama atual, isto implicaria na elaboração de uma lei, de âmbito nacional, que estabelecesse normas gerais e que também abordasse os aspectos processuais relacionados à responsabilidade civil do Estado, dirimindo as principais controvérsias em torno do dispositivo constitucional.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> Convém lembrar que lei nacional é aquela aplicável indistintamente à União, Estados e Municípios.

## Capítulo 2 – A elaboração de uma lei sobre a responsabilidade civil do Estado como contribuição para a redução da insegurança jurídica

Consoante se demonstrou, a responsabilidade civil do Estado esteve, no Brasil, historicamente cercada por controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Ademais, também como explicitado, o panorama atual não é diferente: o art. 37, § 6º da Constituição Federal, texto normativo que disciplina a matéria de forma geral, é permeado por divergências interpretativas.

O que se vê, com relação à responsabilidade extracontratual do Estado, então, é um cenário de insegurança. E, é justamente em virtude da identificação de um contexto de hesitação, que se torna importante falar de segurança jurídica.<sup>115</sup> O objetivo do presente capítulo, nesta esteira, é o de demonstrar como a elaboração de uma legislação nacional de responsabilidade civil do Estado, conforme propugnado, poderia contribuir para a redução do ambiente de incertezas. E, para isso, como um primeiro passo, torna-se necessário tratar – ainda que não de forma exaustiva – da segurança jurídica.

Primeiramente, essencial pontuar que a segurança jurídica pode ser apreendida sob três perspectivas diferentes: como fato, como valor e, ainda, como norma.<sup>116</sup> Para a finalidade aqui proposta, interessa a faceta da segurança jurídica relacionada ao âmbito normativo. Dentro deste ponto de vista, a referida é tradicionalmente encarada como um princípio jurídico.<sup>117</sup> No entanto, cumpre-se ressaltar que a diferenciação realizada não implica em extirpar os relacionamentos existentes entre as diferentes perspectivas.<sup>118</sup>

Conforme destaca Daniel Wunder Hachem, os princípios tradicionalmente são distinguidos das regras, na doutrina brasileira, a partir de duas concepções. A primeira delas leva em consideração o grau de fundamentalidade. Desta feita, os princípios poderiam ser entendidos como as normas mais relevantes de um sistema normativo, ao passo que as regras, na medida em que visam apenas concretizá-los, possuiriam um caráter mais instrumental. Para o segundo posicionamento, a divergência estaria respaldada na estrutura lógico-normativa; sob esta óptica, difundida após as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, princípios e regras

---

<sup>115</sup> Neste sentido, cf.: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 41; VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

<sup>116</sup> Cf., entre outros: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 114-117; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 42-46.

<sup>117</sup> Sobre isso, cf.: PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 45; VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 26; ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 255.

<sup>118</sup> Como aponta Humberto Ávila. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 114-117.

seriam estremados em função da forma de aplicação do comando.<sup>119</sup> Aqui, princípios serão entendidos conforme a primeira abordagem, ou seja, como fundamentos do sistema normativo.<sup>120</sup>

Por esta razão, classificar a segurança jurídica como um princípio significa entendê-la como um mandamento nuclear. E, dentro deste contexto, essencial ressaltar que inexistem discordâncias em considerá-la como um princípio de índole constitucional.<sup>121</sup> A despeito da ausência de consagração expressa,<sup>122</sup> é possível justificar a constitucionalidade do princípio da segurança jurídica com supedâneo na previsão, da Constituição Federal, de instituição de um Estado Democrático de Direito.<sup>123</sup> O Estado de Direito, em uma perspectiva material, acolheria em seu interior um conjunto de direito fundamentais, em prol dos quais estaria estabelecida toda uma estrutura formal de contenção do poder estatal, que precisaria ser, para tanto, segura.<sup>124</sup> Por isso, o princípio da segurança jurídica se apresentaria como uma premissa básica do Estado de Direito.<sup>125</sup>

Mas, de nada adiantaria tratar a segurança jurídica como um princípio, e afirmar o seu *status* constitucional, sem que se houvesse uma delimitação maior do seu conteúdo. No entanto,

<sup>119</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 136-144.

<sup>120</sup> Na esteira da concepção de Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado. Para os autores, “pretender distinguir lógica e formalmente regras e princípios talvez não seja uma boa opção para a sua aplicação no Brasil – ainda que tenha muito sentido em termos de reflexão científica”. GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105-121, p. 112-113.

<sup>121</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 37.

<sup>122</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-29, p. 12. Na realidade, existe menção apenas à insegurança jurídica no art. 107, § 1º da Constituição Federal: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

<sup>123</sup> Este seria, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, cf.: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 47-64, p. 57. Contudo, é indispensável ressaltar que outras fundamentações – dedutivas e indutivas – também se demonstram plenamente possíveis. Para tanto, cf.: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 200. Todo o título II da obra é destinado a explicitação da análise da fundamentação constitucional do princípio da segurança jurídica (cf., especialmente, p. 193-250).

<sup>124</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 33.

<sup>125</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 131-148, p. 143. No mesmo sentido: VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 34; ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 40; VALIATTI, Thiago Priess. *Segurança Jurídica e Infraestrutura: a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018, p. 10-14.

neste ponto reside uma dificuldade ligada ao tema, tendo em vista a imprecisão da própria expressão “segurança jurídica”.<sup>126</sup> José Afonso da Silva, por exemplo, identifica, com base em uma leitura constitucional, quatro tipos distintos de segurança jurídica.<sup>127</sup> Ademais, pode-se afirmar que a falta de cuidados metodológicos e propedêuticos pode conduzir, inclusive, à construção de conceitos que em nada, ou pouco, contribuam para a explicitação do princípio.<sup>128</sup>

Dentro deste ambiente, pode-se aferir, como uma primeira tentativa de sistematização, a tradicional distinção do princípio da segurança jurídica em duas frentes. Assim, este poderia ser visualizado sob a óptica objetiva, que estaria correlacionada com a necessidade de estabilidade das relações jurídicas. Ademais, o princípio poderia ser observado, também, sob a perspectiva subjetiva, traduzindo-se na proteção da confiança dos sujeitos de direito em face da atuação do Estado.<sup>129</sup> Porém, o risco que se corre, com essa construção, é de que os dois pontos de vista sejam apreendidos como independentes, comprometendo o entendimento do fenômeno como um todo.<sup>130</sup>

Outrossim, outra tentativa de buscar um conteúdo mais concreto ao princípio da segurança jurídica é o enfrentamento deste com base na seguinte diferenciação: segurança do Direito, no Direito e, ainda, pelo Direito.<sup>131</sup> Para Paulo Modesto, a primeira expressão (segurança do Direito) exige cognoscibilidade. A segunda (segurança no Direito) demanda, para além da precisão com relação à modificação das normas jurídicas, a proteção à confiança dos indivíduos. A terceira (segurança pelo Direito), por sua vez, está correlacionada com a

<sup>126</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica..., p. 12.

<sup>127</sup> Sinteticamente, a Constituição Federal reconheceria quatro tipos de segurança jurídica: i) a segurança como garantia; ii) a segurança como proteção dos direitos subjetivos; iii) a segurança como direito social; iv) a segurança por meio do direito. SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 15-30, p. 17-24.

<sup>128</sup> DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Segurança Jurídica e o Supremo Tribunal Federal – modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-221, p. 206.

<sup>129</sup> Trata-se da diferenciação utilizada, por exemplo, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica..., p. 14. Almiro do Couto e Silva também realiza a mesma distinção. Contudo, o autor pontua que, observando-se o Direito comparado, seria preferível a subdivisão em dois princípios: o princípio da confiança e o princípio da segurança jurídica (sendo que, dentro deste contexto, o princípio da segurança jurídica estaria correlacionado apenas com a dimensão objetiva, de estabilidade). COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set. 2004, p. 274.

<sup>130</sup> Isto porque, não “parece inteiramente correta a afirmação de que os pontos de vista subjetivo e objetivo da segurança jurídica sejam independentes e possam, com isso, ser separados”. DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. *Segurança Jurídica...*, p. 207.

<sup>131</sup> Conforme Rafael Valim, não se trata apenas de um simples jogo de palavras. VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 45.

tutela dos direitos individuais e coletivos contra as ingerências do Poder Público e de terceiros.<sup>132</sup> Ocorre que, apesar do didatismo da diferenciação, nem sempre as expressões recebem a mesma significação por parte dos autores, o que pode acabar por prejudicar a sua utilidade.<sup>133</sup>

Ao que parece, a melhor forma de se apreender o conteúdo do princípio da segurança jurídica deriva da explicitação dos ideais que o compõem. Para tanto, parte-se da abordagem proposta por Humberto Ávila. Para ele, o princípio da segurança jurídica pode ser melhor examinado com base na investigação das duas dimensões que o compreendem: a estática e a dinâmica.<sup>134</sup> A dimensão estática revela, como ideal, a cognoscibilidade, ao passo que a dimensão dinâmica traz como aspirações a confiabilidade e a calculabilidade.<sup>135</sup> Importante ressaltar que Rafael Valim, ao detalhar o conteúdo do princípio da segurança jurídica, adverte que este seria composto por dois núcleos conceituais: certeza e estabilidade. No entanto, a noção é a mesma daquela defendida por Humberto Ávila, embora os termos utilizados sejam distintos.<sup>136</sup>

A dimensão estática, assim, diria respeito ao conhecimento do Direito. Tem relação, desta forma, com as qualidades que este deve possuir para ser considerado seguro pelos destinatários.<sup>137</sup> Objetiva-se, com isso, a cognoscibilidade do Direito, e não a determinação. A ponderação é relevante, na medida em que a preocupação não é a de garantir uma certeza absoluta e nem a univocidade de interpretação dos enunciados normativos.<sup>138</sup> Isto porque, os textos não podem ser confundidos com normas jurídicas, tendo em vista a superação do mito

<sup>132</sup> MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 115-173, p. 128-129.

<sup>133</sup> Rafael Valim, por exemplo, faz a diferenciação tão somente levando em consideração duas das expressões: segurança pelo Direito e segurança do Direito. Para o autor, a segurança pelo Direito estaria relacionada com uma acepção clássica, em que a mera positividade das normas conferiria segurança aos sujeitos. Em contrapartida, a expressão segurança do Direito, em um viés mais contemporâneo, corresponderia à necessidade de se atribuir segurança ao próprio sistema jurídico. VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 45. Atribuindo concepções diferentes às expressões, cf., também: SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica...*, p. 16-24.

<sup>134</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 295. Ravi Peixoto, ao mencionar os aspectos materiais componentes do princípio da segurança jurídica, também realiza a subdivisão em dois núcleos: estático e dinâmico. PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 46-53.

<sup>135</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 299.

<sup>136</sup> Na síntese de Thiago Priess Valiatti: “Percebe-se, pois, que, enquanto para Humberto Ávila a dimensão estática do princípio da segurança jurídica é determinada pelo seu ideal de cognoscibilidade, para Rafael Valim, por outro lado, tal ideal corresponde ao aspecto da certeza. Por sua vez, para Ávila a dimensão dinâmica do princípio é determinada pelos ideais de calculabilidade e confiabilidade, que correspondem ao ideal de estabilidade defendido por Valim”. VALIATTI, Thiago Priess. *Segurança Jurídica...*, p. 16.

<sup>137</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...* p. 297.

<sup>138</sup> Certeza absoluta e univocidade de resultados seriam as metas de uma perspectiva de determinação. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 297.



de unidade. A linguagem jurídica, por mais técnica que se ambicione, apresenta as mesmas vulnerabilidades da linguagem ordinária, como a indeterminação e a ambiguidade, podendo gerar dúvidas e incertezas.<sup>139</sup> Ademais, não se pode ignorar, neste ponto, a atividade criadora por parte do Judiciário, mesmo diante de legislações pormenorizadas e precisas.<sup>140</sup>

No entanto, conforme aponta Herbert L. A. Hart, mesmo considerando-se a textura aberta, a vida do Direito permanece direcionada, em grande parte, a orientar os destinatários através de textos normativos. Assim, este dado fático mantém-se verdadeiro, a despeito das dificuldades que possam surgir com a aplicabilidade da norma ao caso concreto.<sup>141</sup> Portanto, importante falar de cognoscibilidade. Ademais, indispensável salientar, ainda, que esta não se encontra imbricada apenas com o acesso formal às fontes normativas, mas também com o caráter material destas.<sup>142</sup> Desta feita, e sob este ponto de vista, a segurança jurídica estaria relacionada com a segurança da vigência, suficiência e, também, significado dos enunciados normativos.<sup>143</sup> Em outras palavras, o destinatário deve estar seguro não só quanto qual é a norma aplicável ao caso, mas, também, quanto qual o sentido deôntico da respectiva.<sup>144</sup>

Todavia, o princípio da segurança jurídica, como ressaltado, não se encerra apenas em sua dimensão estática, devendo ser examinado, também, em sua perspectiva dinâmica.<sup>145</sup> Aqui, o Direito deve ser confiável e calculável.<sup>146</sup> Consoante Humberto Ávila, a confiabilidade está atrelada à estabilidade dos efeitos jurídicos a atos praticados no passado, dependendo de previsões de intangibilidade de situações pretéritas, da durabilidade do ordenamento e, também, da irretroatividade de normas presentes. Por seu turno, a calculabilidade está relacionada com a indispensabilidade de se evitarem surpresas repentinas, ou seja, do cidadão possuir conhecimento de quando transformações serão realizadas e, também, de que maneira elas

<sup>139</sup> Conforme esclarece André Luiz Arnt Ramos. RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 44-45. Nesta esteira, e como resalta Irene Patrícia Nohara, verificou-se enganosa a tentativa de criação de um sistema infalível de regras, na medida em que a linguagem possui textura aberta, cujo sentido pode variar de acordo com o contexto em que esteja inserida. Ademais, o dinamismo faria parte da realidade social, com a apresentação de novos casos que, invariavelmente, demandam situações jurídicas inovadoras. NOHARA, Irene Patrícia. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização de justiça à faceta perversa do argumento. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62-94, p. 71.

<sup>140</sup> Como adverte Ravi Peixoto. PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 36.

<sup>141</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 175.

<sup>142</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 47.

<sup>143</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 297.

<sup>144</sup> Nos termos delineados por Rafael Valim. VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 47.

<sup>145</sup> Como destaca Rafael Valim, de nada adiantaria o conhecimento das normas se estas pudessem ser desfeitas a qualquer tempo. VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 47.

<sup>146</sup> Confiabilidade e calculabilidade são, contudo, ideais que se encontram muito próximos. PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente*, p. 53.

ocorrerão.<sup>147</sup> Ou seja, como sintetiza Rafael Valim, crucial que sejam assegurados os direitos subjetivos e, também, as expectativas que os sujeitos – em particular, aqueles imbuídos de boa-fé – depositam na atividade do Estado.<sup>148</sup>

Portanto, é só a partir da compreensão das duas dimensões do princípio da segurança jurídica, que se pode assimilar toda a extensão da sua essência.<sup>149</sup> O princípio, como visto, traduz-se sinteticamente na proteção dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.<sup>150</sup> Fundamental destacar que a promoção dos seus ideais deve ser realizada, precipuamente, pela atuação dos três Poderes,<sup>151</sup> tendo em vista que o principal destinatário do seu comando são os indivíduos.<sup>152</sup> Ademais, necessário ressaltar que a segurança jurídica, conforme a exposição dos seus elementos, deixa de ser aquela segurança jurídica formal, relacionada à predeterminação de enunciados normativos. Trata-se, outrossim, de uma segurança jurídica ressignificada, substancial, compreendida dentro de uma perspectiva dinâmica, de controlabilidade semântico-argumentativa.<sup>153</sup>

Assentado o que se entende pelo princípio da segurança jurídica, cumpre-se tentar apresentar uma resposta ao objetivo delineado no início do presente capítulo. O que se pretende, assim, é demonstrar como a elaboração de uma lei geral de responsabilidade civil do Estado, em âmbito nacional, poderia contribuir para a redução do ambiente de insegurança que permeia o instituto. Vale dizer, desde já, que assim como ocorre com o princípio da segurança jurídica como um todo, a preocupação não é a de eliminar as incertezas (eis se tratar de uma tarefa impossível), mas sim de reduzi-las a um nível aceitável.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 298.

<sup>148</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 47.

<sup>149</sup> Ainda que adotando outras expressões, Rafael Valim destaca o seguinte: “(...) só a partir dessa diáde (certeza e estabilidade) se alcança a verdadeira dimensão do princípio da segurança jurídica no sistema constitucional brasileiro. Certeza sem estabilidade e estabilidade sem certeza resultam, igualmente, em insegurança, e por essa razão devem ser igualmente prezadas para fins de proteção do indivíduo contra o uso desatado do poder estatal”. VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica...*, p. 48.

<sup>150</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 299.

<sup>151</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 264. No entanto, conforme pontua Ravi Peixoto, apesar de não se ignorar que o Estado é o principal promotor da segurança jurídica, “a questão é que há diferentes graus em relação a quem é responsável pela garantia da segurança jurídica e, embora os entes estatais, por serem os principais criadores do direito são os que possuem maior responsabilidade, os demais sujeitos de direito também possuem uma parcela”. PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 57.

<sup>152</sup> A assertiva é de Humberto Ávila. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 300-301.

<sup>153</sup> Como apontam André Luiz Arnt Ramos e Eroulths Cortiano Junior. RAMOS, André Luiz Arnt; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Segurança jurídica, precedente judicial e o Direito Civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, p. 1-25, 2015, p. 6-7. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Ramos-e-Cortiano-Junior-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 260.

<sup>154</sup> Sobre isso, cf.: PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 30; VALIATTI, Thiago Priess. *Segurança Jurídica...*, p. 9.

Desta forma, e ao que parece, o art. 37, § 6º da Constituição Federal, conforme já afirmado, demonstra-se insuficiente para tratar da matéria.<sup>155</sup> Por isso, sua complementação legislativa, através de uma lei que atribuisse maior densidade ao dispositivo em questão, poderia contribuir para aumentar a cognoscibilidade do texto normativo. Portanto, a promoção do princípio da segurança jurídica, por intermédio da edição de uma lei nacional geral de responsabilidade civil do Estado, se daria em função de um incremento da dimensão estática do princípio.

Isto porque, quando se fala em cognoscibilidade, mais do que a própria ideia de conhecimento,<sup>156</sup> remonta-se, como adverte Humberto Ávila, à noção de compreensão.<sup>157</sup> E, nesta seara, a inteligibilidade perpassa pela clareza normativa, que só é obtida por meio de uma dose harmoniosa de informações (nem falta, nem excesso).<sup>158</sup> Quando se volta para a análise da responsabilidade extracontratual do Estado, todavia, nota-se que este equilíbrio normativo é inexistente. O instituto é disciplinado, em uma perspectiva geral, tão somente pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal,<sup>159</sup> que aborda o assunto de forma sintética.<sup>160</sup> No entanto, optou-se por relegar a complementação do dispositivo à construção doutrinário-jurisprudencial, o que, no caso da obrigação reparatória estatal, significou o desenvolvimento de um cenário de insegurança.

Por esta razão, a complementação legislativa do dispositivo constitucional exterioriza-se com uma solução adequada para o fortalecimento da inteligibilidade, uma vez que significaria o aumento da clareza normativa. É de se destacar que os textos normativos necessitam, para sua operacionalidade, de uma densidade suficiente.<sup>161</sup> Isto poderia ser conquistado, no caso da responsabilidade, com a integração do texto constitucional pela legislação ordinária. No mais, e aqui se torna crucial apontar, as dimensões do princípio da segurança jurídica possuem uma relação de reciprocidade. Ou seja, a cognoscibilidade é pressuposto da confiabilidade e da calculabilidade.<sup>162</sup> Assim, na medida em que a lei

---

<sup>155</sup> Cf. capítulo anterior.

<sup>156</sup> Relacionada com o acesso às fontes, envolvendo a acessibilidade normativa, a abrangência e a possibilidade de identificação. Cf.: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 306-326.

<sup>157</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 299

<sup>158</sup> Sobre este equilíbrio, cf.: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 327; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 49.

<sup>159</sup> Na medida em que o art. 43 do Código Civil, como visto, apenas repete a regra constitucional (ainda que com certa impropriedade).

<sup>160</sup> De forma acertada, tendo em vista que, aparentemente, o trato da matéria de forma exaustiva na própria Constituição poderia ser considerado contraproducente, diante da dificuldade posterior em se promoverem alterações.

<sup>161</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 328.

<sup>162</sup> Na esteira da lição de Humberto Ávila. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, p. 300.

favoreceria a dimensão estática, ao mesmo tempo, estaria alavancando, também, a dimensão dinâmica do princípio. Todavia, ao menos dois questionamentos poderiam ser apontados.

O primeiro é o de que a complementação legislativa ocasionaria um engessamento do instituto. A questão é essencial na medida em que o princípio da segurança jurídica não pode ser entendido, como bem adverte Irene Patrícia Nohara, sob o prisma da imutabilidade.<sup>163</sup> Entretanto, não parece que a edição de uma lei que dirimisse as principais controvérsias atualmente existentes sobre a responsabilidade civil do Estado, disciplinando um regramento geral para o tema, ensejaria o seu aprisionamento. Isto porque, apenas um texto normativo redigido de forma integral com uma linguagem meticulosamente precisa e detalhada teria dificuldades para acompanhar transformações.<sup>164</sup> O desafio, em verdade, é o equilíbrio, que no caso poderia ser melhor alcançado justamente com a integração normativa pretendida, fixando parâmetros mínimos de compreensão.

No mais, outro apontamento que poderia ser realizado é o de que, mesmo com a confecção de uma lei, as divergências interpretativas permaneceriam existentes, diante da já mencionada ausência de unicidade entre texto e norma. Em outras palavras, a própria lei de responsabilidade civil do Estado poderia ocasionar debates sobre o seu conteúdo, gerando mais incertezas. Neste caso, o argumento de promoção do princípio da segurança jurídica estaria em xeque, tendo em vista que a solução poderia ocasionar mais problemas, ao invés de auxiliar na resolução das instabilidades já existentes. Porém, estes desafios hermenêuticos tratam-se de um caminho comum a qualquer nova legislação,<sup>165</sup> sendo que, neste contexto, a preocupação deve direcionar-se sobretudo à qualidade do texto normativo.<sup>166</sup>

Desta forma, o que se depreende é que, como visto, o cenário atual da responsabilidade extracontratual do Estado é de insegurança. A elaboração de uma lei nacional de responsabilidade civil estatal, dispondo sobre normas gerais e aspectos processuais, se apresentaria como uma alternativa para a redução das divergências interpretativas, conferindo contornos mais sólidos ao art. 37, § 6º da Constituição Federal. Com isso, o princípio da segurança jurídica estaria sendo alavancado, por intermédio de sua dimensão estática, a partir do aumento do ideal da cognoscibilidade – o que, por consequência, elevaria os aspectos dinâmicos de confiabilidade e de calculabilidade.

<sup>163</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica..., p. 71.

<sup>164</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 48.

<sup>165</sup> Essencial pontuar, contudo, que a interpretação não é ilimitada. Neste sentido, cf.: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 322-349.

<sup>166</sup> Conforme pontua Ravi Peixoto, “é inegável que a qualidade dos textos é uma preocupação da segurança jurídica”. PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 36.

Por fim, indispensável ressaltar que é evidente que um texto normativo, por si só, não tem o condão de resolver todos os problemas relacionados ao princípio da segurança jurídica. Todavia, apresenta-se como um ponto de partida,<sup>167</sup> que, no caso específico da obrigação reparatória estatal, exsurgiria como um primeiro e importante passo. Ademais, ainda que, num panorama geral, perceba-se um aumento da produção legislativa, existem algumas matérias em que se podem observar lacunas, tornando-se imprescindível a normatização, com o objetivo de se conferir maior segurança jurídica.<sup>168</sup> Trata-se, indubitavelmente, do caso da responsabilidade extracontratual do Estado, especialmente no tocante ao seu regramento geral.

---

<sup>167</sup> A expressão é de Ravi Peixoto. PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente...*, p. 36.

<sup>168</sup> Consoante constata Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Los principios de seguridad jurídica...*, p. 146.



### Capítulo 3 – As experiências nos demais países ibero-americanos com o tratamento legislativo da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado, no Brasil, possui assentamento constitucional.<sup>169</sup> Entretanto, a norma é genérica e não detém complementação legislativa ordinária – o que, como se destacou, poderia auxiliar potencialmente na redução das divergências e conferir maior segurança jurídica. Dentro deste contexto, o objetivo deste ponto é o de analisar se, em outros países, a responsabilidade extracontratual estatal mereceu um tratamento normativo mais detalhado quanto à sua disciplina básica (o campo de exame, todavia, restringe-se à Constituição e às leis federais ou nacionais).<sup>170</sup> Ademais, pretende-se, como um segundo passo, desenvolver uma análise descritiva dos eventuais diplomas normativos identificados, a fim de se reconhecer os principais assuntos abordados pelos regramentos. Contudo, para tanto, definiu-se um critério estritamente geográfico de investigação: os países ibero-americanos.<sup>171</sup>

Entretanto, antes de se realizar a análise propriamente dita, torna-se imperiosa uma ressalva: o estudo a ser desenvolvido não é de Direito Comparado. Primeiramente, porque não se pretende realizar um cotejo analítico, apontando-se semelhanças e divergências, quanto ao instituto, nos países investigados e no Brasil. Ademais, o Direito Comparado não se esgota no estudo da legislação, englobando ainda a análise da jurisprudência, o conhecimento do meio social, entre outros critérios – parâmetros estes que não são alvos deste tópico, focado

<sup>169</sup> Rememorando-se, trata-se do art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>170</sup> Para a diferenciação ente lei federal e lei nacional, confira-se novamente a clássica lição de Geraldo Ataliba, com base no contexto brasileiro: “Leis nacionais e leis federais – O Congresso Nacional é órgão legislativo do Estado Federal e da União. Na primeira qualidade edita leis nacionais, na segunda, leis federais. As leis nacionais superam e transcendem às circunscrições políticas internas. As leis federais, ao lado das estaduais e municipais, circunscrevem-se à área de jurisdição da pessoa a que se vinculam e somente obrigam os jurisdicionados stricto sensu de cada qual. É, portanto, muito mais ampla a lei nacional do que a lei federal. Em outras palavras, a Constituição confere à lei nacional amplíssimo poder para regular matérias específicas em todo o território nacional, abstração feita da sujeição dos destinatários da norma, quer à União, quer a Estados e Municípios. Já a lei federal, embora editada pelo mesmo órgão, onera, circunscritamente, somente os jurisdicionados da União. Donde se vê que a lei federal se opõe – no mesmo plano que está – à lei estadual e à municipal, enquanto que a lei nacional abstrai de todas elas – federal, estadual e municipal – transcendendo-as”. ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 94.

<sup>171</sup> No entanto, para se evitarem confusões terminológicas quanto à extensão da expressão “Ibero-américa”, utilizou-se como critério delimitador aqueles países que integram a Conferência Ibero-americana e que, ao mesmo tempo, possuem representantes no Foro Ibero-americano de Direito administrativo. São eles: i) das Américas: Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela; ii) da península ibérica: Espanha e Portugal.

exclusivamente em um espaço delimitado da seara normativa.<sup>172</sup> O estudo, portanto, apenas tem um aporte na legislação estrangeira, para identificar se existem, em outros países, leis tratando de forma geral, e mais detalhada, da responsabilidade civil do Estado (com a posterior descrição do seu conteúdo).

Feitas estas considerações, examinando-se os demais países ibero-americanos, pode-se identificar um primeiro grupo: aqueles que, como o Brasil, possuem a obrigação de reparação estatal prevista de forma ampla em suas Cartas Constitucionais, mas que, a despeito disso, não dispõem de nenhuma legislação específica geral, federal ou nacional, dando contornos mais objetivos à ideia de responsabilidade. Na América do Sul, são os casos de: i) Bolívia, em que a previsão é encontrada no art. 113 da Constituição de 2009;<sup>173</sup> ii) Chile, em que o fundamento principal se localiza no art. 38 da Carta de 1980;<sup>174</sup> iii) Paraguai, onde a responsabilidade é prevista constitucionalmente nos arts. 39 e 106 da Constituição de 1992;<sup>175</sup> iv) Uruguai, local em que o substrato constitucional advém dos arts. 24 e 25 do diploma vigente;<sup>176</sup> v) Venezuela, em que o fundamento é o art. 140 da Constituição de 1999.<sup>177</sup>

<sup>172</sup> Consoante pondera Caio Mário da Silva Pereira. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e o seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 7, p. 33-47, out. 1955, p. 37. Sobre a metodologia da pesquisa em Direito Comparado, cf.: LEGRAND, Pierre. *Como ler o Direito Estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

<sup>173</sup> Art. 113: “I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna. II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño”.

<sup>174</sup> Art. 38: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios del carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

<sup>175</sup> O art. 39 prevê a responsabilização direta, inclusive fazendo menção expressa à necessidade de regulamentação: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho”. Já o art. 106 consagra a obrigação estatal subsidiária: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto”.

<sup>176</sup> Art. 24: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”; Art. 25: “Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”. Vale destacar, contudo, o Decreto n° 395/006, que trata, ainda que sucintamente, da ação de regresso.

<sup>177</sup> Art. 140: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

Fazem parte do mesmo grupo, também, alguns países da América Central. Incluem-se, aqui: i) Cuba, com destaque para o art. 26 da Carta Constitucional então vigente;<sup>178</sup> ii) Guatemala, ressaltando-se o art. 155 da sua Constituição;<sup>179</sup> iii) Honduras, em que se pode identificar as bases de sustentação no art. 324, inclusive com o art. 327 realçando claramente a necessidade de confecção de lei para regulamentação da responsabilização;<sup>180</sup> iv) Nicarágua, onde a guarida constitucional está disposta no art. 131 da Carta daquele país.<sup>181</sup>

Isolado, vivenciando uma realidade distinta de todos os outros países, pode-se mencionar o caso do Panamá. Neste, não se visualiza nenhuma norma genérica a respeito da responsabilidade civil do Estado no texto constitucional, e tampouco uma lei (federal ou nacional) objetivando traçar alguns contornos específicos para o tema. No entanto, o que deve ficar claro é que este cenário não implica em um terreno de irresponsabilidade estatal, tendo em vista que existem dispositivos ordinários que fixam a obrigação de reparação de forma não detalhada.<sup>182</sup>

<sup>178</sup> Art. 26: “*Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley*”. De acordo com Dayamis Ramírez Thomas, Gretcher Lamas Bertrán e Juan Carlos Mendoza Pérez, o ordenamento jurídico cubano carece de uma lei específica que regule o dispositivo constitucional. THOMAS, Dayamis Ramírez; BERTRÁN, Gretcher Lamas; PÉREZ, Juan Carlos Mendoza. La responsabilidad patrimonial de la administración pública en Cuba: perspectiva de cambio. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Málaga, dez. 2017, não paginado. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/caribe/2017/12/administracion-publica-cuba.html>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>179</sup> Art. 155: “*Responsabilidad por infracción a la ley. Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena. Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles*”.

<sup>180</sup> Art. 324: “*Si el servidor público en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares, será civil y solidariamente responsable junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre, sin perjuicio de la acción de repetición que estos pueden ejercitar contra el servidor responsable, en los casos de culpa o dolo*”; Art. 327: “*La Ley regulará la responsabilidad civil del Estado, así como la responsabilidad civil solidaria, penal y administrativa de los servidores del Estado*”. Em Honduras, o Tribunal Superior de Contas (TSC), em comunicado confeccionado em novembro de 2017, noticiou que trabalha em uma proposta de instituição de uma lei de responsabilidade civil do Estado e da competente ação de repetição. Disponível em: <[www.tsc.gob.hn/PDFS/SALA%20DE%20PRENSA/Comunicado\\_Ley\\_Responsabilidad\\_Del\\_Estado.pdf](http://www.tsc.gob.hn/PDFS/SALA%20DE%20PRENSA/Comunicado_Ley_Responsabilidad_Del_Estado.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>181</sup> Art. 131: “*El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado exigirá las responsabilidades legales correspondientes a los funcionarios o empleados públicos causantes de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones*”.

<sup>182</sup> Pode-se mencionar, entre outros, o art. 1.645 do Código Civil, que fixa uma ideia geral de responsabilidade: “*El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones*”.

Para além disso, é possível sinalizar a existência de um segundo grupo de países: aqueles em que a Constituição não traz nenhum dispositivo disciplinando de forma geral a responsabilidade civil do Estado, mas que, paralelamente, possuem diplomas normativos ordinários federais ou nacionais estipulando balizas concretas para o tema. São as situações de Argentina, Costa Rica e Peru.<sup>183</sup> O contexto argentino possui uma peculiaridade que o diferencia dos demais, tendo em vista que, nesta localidade, foi promulgada uma lei específica para o assunto – ao contrário dos outros países, em que a obrigação de reparação extracontratual do Estado é prevista em legislação que, concomitantemente, aborda outros assuntos.

Na Argentina, o diploma que deve ser destacado é a Lei nº 26.944,<sup>184</sup> que faz parte do arcabouço normativo federal, possibilitando, contudo, que a cidade autônoma de Buenos Aires, bem como as províncias argentinas, adotem o seu conteúdo.<sup>185</sup> Na Costa Rica, depreende-se um detalhamento geral da responsabilidade civil do Estado nos arts. 190 a 198 da Lei nº 6.227, de 1978 (Lei Geral da Administração Pública),<sup>186</sup> legislação federal, mas que também se aplica aos demais entes públicos, quando da inexistência de lei nestes ambientes.<sup>187</sup> Já no Peru, a disciplina básica advém do art. 238 da Lei nº 27444, de 2001, diploma que cuida do Procedimento Administrativo Geral,<sup>188</sup> e que possui *status* nacional.<sup>189</sup>

Por fim, pode-se apresentar um terceiro grupo de países ibero-americanos, que dizem respeito àqueles que, assim como o Brasil, possuem uma norma constitucional ampla prevendo a responsabilização extracontratual estatal, mas que, em paralelo, dispõem de leis federais ou nacionais conferindo uma tratativa geral, e mais detalhada, ao tema. Estes podem ser divididos em dois subgrupos, com base em um critério puramente formal: i) as localidades em que o assunto é tratado em legislação ordinária que, conjuntamente, aborda temas conexos (situação

<sup>183</sup> No âmbito peruano, Maria Eugenia Caller Ferreyros, ex-presidente do Tribunal Fiscal daquele país, assinala que “*en el Perú, el principio de la responsabilidad del Estado no cuenta con una consagración normativa expresa a nivel constitucional*”. FERREYROS, Maria Eugenia Caller. Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario. *Revista Del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Lima, n. 49, p. 71-111, abr./2010, p. 71. Disponível em: <[http://www.ipdt.org/editor/docs/02\\_Rev49\\_MECF.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/02_Rev49_MECF.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

<sup>184</sup> Conforme o seu art. 1º: “*Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas*”.

<sup>185</sup> Cf., a esse respeito, o art. 11: “*Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos*”.

<sup>186</sup> Os artigos mencionados integram o título sétimo da lei, designado “*De la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público*”, e, de modo particular, o capítulo 1, nomeado de “*De la responsabilidad de la Administración*”.

<sup>187</sup> Art. 2º, 1: “*Las reglas de esta ley que regulan la actividad del Estado se aplicarán también a los otros entes públicos, en ausencia de norma especial para éstos*”.

<sup>188</sup> O artigo está inserido no Título V da lei, denominado “*De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio*”, e, mais especificamente, no Capítulo 1, designado de “*Responsabilidad de la Administración Pública*”. Relevante apontar, neste ponto, que a Lei nº 27444, de 2001, foi objeto de compilação em um texto único ordenado (englobando modificações posteriores), por intermédio do Decreto Supremo nº 006-2017-JUS. Neste diploma, o artigo 238 equivale ao art. 258.

<sup>189</sup> Art. 1º: “*La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública*”.

da República Dominicana, El Salvador, Equador e Espanha); ii) os países que possuem uma legislação exclusiva para a responsabilidade civil do Estado, que incluem Colômbia, México e Portugal.

Começando-se pelo primeiro subgrupo identificado, nota-se que, na República Dominicana, a responsabilidade extracontratual está consagrada, de forma ampla, no art. 148 da Constituição de 2010.<sup>190</sup> Outrossim, a norma encontra aprofundamento na Lei nº 107-13 (sobre os Direitos das Pessoas em suas Relações com a Administração e de Procedimento Administrativo), de âmbito nacional,<sup>191</sup> nos arts. 57 a 60.<sup>192</sup> Em El Salvador, o dever reparatório do Estado encontra-se insculpido no art. 245 da norma fundamental,<sup>193</sup> sendo integrado normativamente pelos arts. 55 a 62 da Lei de Procedimientos Administrativos,<sup>194</sup> diploma aplicável a todo o território salvadorenho.<sup>195</sup>

No Equador, por sua vez, o fundamento constitucional da obrigação estatal de reparação extracontratual está no art. 11, numeral 9 (com destaque para a densidade do comando normativo).<sup>196</sup> A regulamentação do dispositivo está prevista, em contrapartida, no Código Orgánico Administrativo equatoriano, de abrangência nacional, que trata minuciosamente da

---

<sup>190</sup> Art. 148: “Responsabilidad civil. Las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica”.

<sup>191</sup> Art. 2º: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a todos los órganos que conforman la Administración Pública Central, a los organismos autónomos instituidos por leyes y a los entes que conforman la Administración Local”.

<sup>192</sup> Os dispositivos mencionados encontram-se inseridos no Título IX, nomeado “Responsabilidad de los entes públicos y del personal a su servicio”.

<sup>193</sup> Art. 245: “Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”.

<sup>194</sup> Os artigos estão alocados no capítulo IV, intitulado “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y de los Servidores Públicos”, integrante do Título II, designado por sua vez de “Régimen Jurídico de los Actos de la Administración Pública”.

<sup>195</sup> Art. 2º: “La presente Ley se aplicará al Órgano Ejecutivo y sus dependencias, a las entidades autónomas y demás entidades públicas, aun cuando su Ley de creación se califique de carácter especial; y a las municipalidades, en cuanto a los actos administrativos definitivos o de trámite que emitan y a los procedimientos que desarrollen (...)”.

<sup>196</sup> Art. 11: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.



responsabilidade civil em seus arts. 330 a 344.<sup>197</sup> Na Espanha, por seu turno, o dever de reparação estatal tem substrato constitucional, de forma genérica e principal, no art. 106.2 do texto fundamental.<sup>198</sup> A complementação ordinária deu-se por intermédio da Lei nº 40 de 2015 (Regime Jurídico do Setor Público), de aplicação nacional,<sup>199</sup> e que dispõe sobre a responsabilidade civil do Estado em seus arts. 32 a 35.<sup>200</sup>

Com relação ao segundo subgrupo mencionado (localidades que possuem lei particular), observa-se que na Colômbia o fundamento constitucional da responsabilização está no art. 90.<sup>201</sup> O regramento que dá traços mais concretos à norma, por sua vez, é a Lei nº 678, de 2001, de abrangência nacional, mas que possui como foco principal somente a ação de regresso movida pelo Estado contra o agente.<sup>202</sup> Ou seja, a lei, apesar de exclusiva, refere-se apenas a um dos temas relativos à responsabilização. Nos demais países (México e Portugal), contudo, o diploma normativo busca tratar o tema de forma singular e, também, de modo abrangente.

Assim, no México, o substrato constitucional da responsabilidade é o art. 113, parágrafo segundo, do texto fundamental.<sup>203</sup> Todavia, no país, em paralelo e desde 2004, vigora a “Lei Federal de Responsabilidade Patrimonial do Estado”, esmiuçando a norma

---

<sup>197</sup> Os dispositivos estão inseridos no Livro IV, denominado “*Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, contendo os seguintes títulos: i) I, designado de “*Aspectos Sustantivos*”; ii) II, nomeado de “*Aspectos procedimentales*”.

<sup>198</sup> Art. 106.2: “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

<sup>199</sup> Art. 2º: “*1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración Local; d) El sector público institucional*”.

<sup>200</sup> As regras encontram-se dispostas no Capítulo IV, designado de “*De la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*”, em sua primeira seção, que recebe o mesmo nome do capítulo.

<sup>201</sup> Art. 90: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste*”.

<sup>202</sup> Art. 1º: “*Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición*”. De forma mais específica, pode-se citar a Lei nº 270/1996, que em seus arts. 65 a 74 cuidam da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.

<sup>203</sup> Art. 113: “*2. La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes*”.

constitucional,<sup>204</sup> em nível, como o próprio nome sugere, federal.<sup>205</sup> Em Portugal, por sua vez, visualiza-se a consagração ampla da responsabilidade civil do Estado no art. 22 da Constituição.<sup>206</sup> No plano infraconstitucional, tem-se a Lei nº 67, de 2007, intitulada “Lei da Responsabilidade Extracontratual do Estado e pessoas coletivas de Direito Público”, regulamentadora do dispositivo em nível nacional, e de forma abrangente.

O que se pretende, a partir deste momento, e como adiantado outrora, é realizar uma análise descritiva das legislações que cuidam de forma geral do instituto, com o objetivo de identificar os principais tópicos nelas tratados.<sup>207</sup> Inicia-se esta parte por aqueles países que disciplinaram a obrigação de reparação estatal em diplomas normativos que, concomitantemente, abordam outros assuntos.<sup>208</sup> Isto implica em analisar sequencialmente as disposições regulamentadoras dos seguintes países: Costa Rica, Espanha, El Salvador, Equador, Peru e República Dominicana.

Na Costa Rica, a análise deve recair, como visto, sobre os arts. 190 a 198 da Lei nº 6.227, de 1978 (Lei Geral da Administração Pública). O art. 190 trata do regime jurídico geral para a caracterização do dever de reparação, destacando, também, as excludentes. Os arts. 191 e 192, por sua vez, tratam do regime específico para os casos da responsabilidade por atos ilícitos, ao passo que os arts. 194 e 195 cuidam das especificidades da obrigação decorrente de atos lícitos.<sup>209</sup> No art. 196 são listadas as características do dano indenizável, consagrando-se, no art. 197, a expressa possibilidade de condenação ao ressarcimento de danos morais. O art. 198, ao final, estabelece o prazo prescricional para o ajuizamento da ação em face da Administração e dos agentes públicos.

<sup>204</sup> Art. 1º: “La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia”.

<sup>205</sup> Art. 2º: “Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal”.

<sup>206</sup> Art. 22: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

<sup>207</sup> Adverte-se, aqui, que não será realizada a transcrição dos artigos mencionados, nem mesmo nas notas de rodapé, uma vez que a análise descritiva já traduz suficientemente o conteúdo normativo.

<sup>208</sup> Por razões de cunho metodológico, somente.

<sup>209</sup> O art. 193 foi derogado por lei posterior.

Seguindo-se, na Espanha, o exame tem de atentar-se aos arts. 32 a 35 da Lei nº 40 de 2015 (Regime Jurídico do Setor Público). O art. 32 é o mais longo deles, uma vez que, sob o pretexto de disciplinar os princípios da responsabilidade, aborda uma série de questões. A norma mencionada, em seu numeral 1, estabelece as circunstâncias gerais em que se dá a obrigação, elencando, também, as excludentes. No numeral subsequente, são evidenciados os caracteres do dano. Os numerais 3, 4, 5 e 6, ao seu turno, são direcionados aos casos de responsabilidade civil do Estado em virtude de atos legislativos. Adiante, os numerais 7 e 8 cuidam do dever de reparação originário de atos judiciais. Por fim, o numeral 9 do art. 32 ressalta que a responsabilidade contratual seguirá o procedimento definido por outra legislação. Os demais artigos da lei espanhola possuem uma densidade menor.<sup>210</sup>

Ademais, em El Salvador, a investigação deve cuidar dos arts. 55 a 62 da Lei de Procedimentos Administrativos. De início, o art. 55 explicita o direito à reparação, enunciando as hipóteses excludentes da responsabilização estatal. Os arts. 56, 57 e 58 dedicam-se, respectivamente, ao âmbito de aplicação, à legitimidade e à responsabilidade concorrente. No mais, o art. 59 é destinado ao tratamento do dano indenizável, ao passo que o art. 60 ocupa-se das regras especiais nas situações envolvendo a reclamação por violação de direitos constitucionais (cenário em que a responsabilidade estatal é apenas subsidiária, recaindo-se a obrigação primeiramente ao servidor público). Ao final, o art. 61 relaciona-se com o prazo para que o lesado requeira a compensação pelos prejuízos, e o art. 62 elucida o procedimento a ser seguido nestas circunstâncias.

Outrossim, no Equador, como ressaltado, a disciplina medular da responsabilidade extracontratual advém dos arts. 330 a 344 do Código Orgânico Administrativo. O art. 330 define o âmbito subjetivo de aplicação das normas, ressaltando, inclusive, o direito de regresso dos entes estatais. O art. 331 enumera expressamente os requisitos necessários à caracterização do dever de reparação. Em seguida, no art. 332, preveem-se os casos em que a responsabilidade é subsidiária. Ainda, no art. 333, consagra-se a obrigatoriedade da Administração Pública em exercer o direito de regresso. No art. 334 encontram-se as explicitações dos atributos do dano, enquanto o art. 335 refere-se ao nexo de causalidade. Subsequentemente, o art. 336 trata das maneiras como a reparação pode se dar, ao passo que o art. 337 elenca as excludentes de responsabilidade. Para além disso, o art. 338 disciplina o ônus da prova, o art. 339 as hipóteses

---

<sup>210</sup> O art. 33 refere-se às hipóteses de danos causados por mais de um ente público. Adiante, o art. 34 trata exclusivamente da indenização, com destaque para o numeral 2, que tenta definir critérios mais objetivos para a compensação. O art. 35, por fim, fixa a identidade de regime para as situações em que a Administração Pública atue em relações de Direito privado.

de corresponsabilidade e o art. 340 destaca a possibilidade de o pedido ser formulado administrativamente. No mais, os dispositivos seguintes da normativa equatoriana tratam de questões processuais.<sup>211</sup>

Demanda análise, ainda, os regramentos de Peru e República Dominicana. Na situação peruana, a legislação que necessita de investigação é o art. 238 da Lei nº 27444, de 2001.<sup>212</sup> A princípio, pode parecer estranho que a responsabilidade extracontratual seja regulada por intermédio de um único artigo. No entanto, o que acontece é que o dispositivo é subdividido em vários numerais, tornando-o, portanto, extenso. Desta forma, no numeral 1 do art. 238 é explicitado o regime geral da obrigação de reparação. Logo depois, no numeral 2, são esclarecidas as hipóteses de afastamento do dever. Sequencialmente, no numeral 3, esclarece-se que a nulidade de um ato administrativo não acarreta, automaticamente, o direito à indenização. Além do mais, no numeral 4 são evidenciados os caracteres do dano, enquanto que o dispositivo seguinte trata de quais são os prejuízos efetivamente abarcados pela indenização. Por fim, o numeral 6 disciplina a ação de regresso.

Na República Dominicana, a legislação que deve ser examinada é aquela dos arts. 57 a 60 da Lei nº 107-13. O art. 57 cuida da caracterização da responsabilidade em termos gerais. O parágrafo primeiro estabelece a possibilidade de reparação em casos de condutas lícitas, enquanto nos parágrafos segundo e terceiro, respectivamente, são discriminadas as situações excludentes e atenuantes. No parágrafo quarto, ressalvam-se as hipóteses de responsabilização regidas por leis especiais. No artigo seguinte, em seu parágrafo primeiro, ressalta-se que a responsabilidade dos entes será solidária nas ocasiões em que o dano for produzido conjuntamente. Ainda, no parágrafo segundo, definem-se as hipóteses em que a responsabilidade dos agentes será solidária com o Estado; já no parágrafo terceiro, tratam-se das circunstâncias envolvendo concessionárias de serviços públicos. Por fim, o art. 59 traz as características do dano, e o art. 60 trata do prazo prescricional.

Com isso, finalizam-se as análises descritivas dos locais em que a responsabilidade extracontratual estatal é disciplinada, em leis federais ou nacionais, conjuntamente com outros temas. Cumpre-se examinar, agora, a normativa dos países em que a responsabilidade civil do Estado foi alvo de tratamento legislativo diferenciado, com a confecção de uma legislação

---

<sup>211</sup> No art. 341 define-se o procedimento para o pedido administrativo. No mais, no art. 342 são detalhados os requisitos imprescindíveis à formulação do requerimento extrajudicial de reparação. Para além disso, no art. 343 são elencados os requisitos que a decisão administrativa sobre o pedido deve conter. Por fim, o art. 344 aborda especificamente a ação de regresso, inclusive com a estipulação de prazo prescricional.

<sup>212</sup> Como se disse, o art. 238 equivale ao art. 258 no texto único ordenado da lei.

particular para o tema. Este é o caso de: Argentina, México e Portugal.<sup>213</sup> Neste ponto, exclui-se a investigação da lei colombiana, tendo em vista que esta é voltada unicamente à ação de regresso.<sup>214</sup>

Desta feita, na Argentina, o diploma que necessita de exame é a Lei nº 26.944. O art. 1º clarifica o regime jurídico, com o art. 2º elencando expressamente as excludentes. Em seguida, o art. 3º identifica os requisitos do dever de reparação nas hipóteses de condutas ilícitas, ao mesmo tempo em que o art. 4º enumera as condições de responsabilização nas situações de comportamentos lícitos (sendo complementado pelo art. 5º, que fixa, entre outras coisas, a excepcionalidade da reparação nesta situação). O art. 6º, ao seu turno, trata da ausência de responsabilidade do Estado nos casos das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos. Ademais, o art. 7º menciona o prazo prescricional, à proporção que o art. 8º refere-se à possibilidade do pedido reparatório ser cumulado com outras pretensões. Seguindo-se, o art. 9º direciona-se a consagrar a responsabilidade dos agentes públicos, quando verificados culpa ou dolo, estipulando o prazo prescricional para a demanda contra estes e, também, para a ação de regresso do Estado. O art. 10, por fim, ressalva que a obrigação de reparação estatal contratual se rege por normas específicas.<sup>215</sup>

No cenário mexicano, o diploma que demanda análise descritiva, como exposto anteriormente, é a “Lei Federal de Responsabilidade Patrimonial do Estado”. O capítulo I, arts. 1º a 10, regulamenta as disposições gerais. Assim, o art. 1º salienta o regime jurídico, enquanto o art. 2º define quem são os destinatários da norma. Em sequência, o art. 3º refere-se às causas excludentes e atenuantes da responsabilidade, com o art. 4º definindo os requisitos do dano indenizável. Posteriormente, os arts. 5º a 8º cuidam de questões pragmáticas correlacionadas ao pagamento das indenizações (dotação orçamentária e responsabilidade fiscal dos entes, por exemplo). No mais, o art. 9º prevê a possibilidade de aplicação supletiva da lei em determinadas situações, e o art. 10 impõe como dever do Estado denunciar, aos órgãos competentes, situações de simulação de danos. Logo em seguida, tem início o capítulo II da lei (arts. 11 a 16), que

<sup>213</sup> Outra vez, imperioso ressaltar que os dispositivos não serão transcritos, nem em nota de rodapé, tendo em vista que a análise descritiva já assinala suficientemente o conteúdo normativo.

<sup>214</sup> Apesar do assunto delimitado, a legislação é extensa, contando ao todo com 31 artigos. Dentre eles, destacam-se: i) art. 4º, que prevê a obrigatoriedade de ajuizamento da ação; ii) arts. 5º e 6º, que cuidam, respectivamente, das definições de dolo e culpa; iii) arts. 7º a 16, que se voltam aos aspectos processuais; iv) arts. 23 a 29, que disciplinam as medidas cautelares autorizadas nas ações de regresso.

<sup>215</sup> Há, ainda, o art. 11, que, como já ressaltado anteriormente, confere a possibilidade de outros entes aderirem à lei, tendo em vista tratar-se de legislação federal.



dispõe exclusivamente sobre as indenizações.<sup>216</sup> O capítulo III, ao seu turno, é destinado ao procedimento administrativo de reparação (arts. 17 a 26).<sup>217</sup> No mais, o capítulo IV (arts. 27 a 30) disciplina unicamente as situações de corresponsabilidade.<sup>218</sup> Por fim, o último capítulo apresenta um regramento sobre a ação de regresso.<sup>219</sup>

Como último diploma a ser analisado, tem-se a Lei nº 67, de 2007, intitulada “Lei da Responsabilidade Extracontratual do Estado e pessoas coletivas de Direito Público”, de Portugal. O primeiro capítulo (arts. 1º a 6º) ocupa-se de disposições gerais. Nesta esteira, o art. 1º especifica o âmbito de aplicação. Sequencialmente, o art. 2º traz uma definição de danos ou encargos especiais ou anormais, ao passo que o art. 3º volta-se para alguns aspectos relacionados à obrigação de indenizar. O art. 4º ressalta que a indenização pode ser reduzida caso verificada a culpa do lesado, e o art. 5º, em contrapartida, refere-se ao prazo prescricional. Posteriormente, o art. 6º cuida da ação de regresso,

Em sequência, inicia-se o capítulo II, que trata da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa. Este é subdividido em duas seções: i) responsabilidade por fato ilícito, disciplinada nos arts. 7º a 10;<sup>220</sup> ii) responsabilidade pelo risco, em que o art. 11 regula as circunstâncias, bem como as ocasiões em que a obrigação é afastada. Adiante, o capítulo III volta-se em particular para a responsabilidade decorrente de atos judiciais. Aqui, o art. 12 estabelece o regime geral, o art. 13 abarca exclusivamente o erro

<sup>216</sup> Nesta esteira, o art. 11 estabelece algumas bases que devem ser observadas pelos entes para a realização do pagamento (critério de atualização, por exemplo). O art. 12 consagra que a reparação do dano deve ser integral, havendo nos arts. 13 e 14 a fixação de critérios objetivos para o adimplemento das quantias. Ainda, o art. 15 trata da hipótese de insuficiência do contrato de seguro celebrado pela Administração e, ao final, o art. 16 menciona a necessidade de estabelecimento de um registro das indenizações devidas pelos entes, proporcionando a consulta pública dos pagamentos.

<sup>217</sup> Neste sentido: i) art. 17: início com o pedido do interessado; ii) art. 18: competência para o recebimento do pedido; iii) art. 19: necessidade de ajuste à Lei Federal de Procedimento do Contencioso Administrativo; iv) art. 20: ressalta que a nulidade de atos administrativos não atrai, por si só, o direito à indenização; v) art. 21: critérios para a prova do dano; vi) art. 22: distribuição do ônus probatório; vii) art. 23: elementos mínimos necessários à fundamentação das decisões; viii) art. 24: possibilidade de recurso à decisão que negar a indenização; ix) art. 25: prazo prescricional; x) art. 26: viabilidade de celebração de acordo.

<sup>218</sup> Nesta esteira: i) art. 27: critérios de imputação para divisão proporcional da responsabilidade; ii) art. 28: dedução da indenização na hipótese do reclamante ter participado para a ocorrência do dano; iii) art. 29: responsabilização solidária, quando não for possível aferir a participação de cada um dos entes; iv) art. 30: prevê hipótese em que o Estado responde diretamente, mesmo tratando-se de ato de concessionário de serviço público.

<sup>219</sup> Neste sentido, o art. 31 prevê expressamente a possibilidade de o Estado, administrativamente, buscar o pagamento do agente público, nas circunstâncias em que este tenha cometido infração grave. O art. 32 consagra a viabilidade, inclusive, de o Estado instar administrativamente os agentes pelo cometimento de faltas graves, quando estas lhe tenham causado prejuízos. Ainda, o art. 33 define a possibilidade de os agentes manejarem recursos, quando condenados regressivamente. Ao final, o art. 34 descreve que a apresentação do pedido de reparação, em face do Estado, interrompe o prazo prescricional para a apuração da falta do agente e, também, o art. 35 determina que as quantias recebidas, via ações de regresso, sejam adicionadas ao montante previsto para o pagamento das indenizações.

<sup>220</sup> O art. 7º prevê as ocasiões em que o dever estatal é exclusivo; o art. 8º delimita as situações em que este dever é solidário; os arts. 9º e 10 definem ilicitude e culpa, respectivamente.

judiciário e o art. 14 tutela a responsabilidade pessoal dos magistrados. Ao final, observa-se o capítulo IV, que regulamenta a responsabilidade pelo desempenho da função legislativa (art. 15), e o capítulo V, que se relaciona com os casos de reparação pelo sacrifício de direito (art. 16). E assim, com o exame da lei portuguesa, encerra-se a análise descritiva das leis específicas que se ocupam em tratar, em linhas gerais, da responsabilidade civil do Estado.

Com toda esta investigação empreendida, buscou-se se identificar quais os tópicos que são comumente abordados pelos diplomas voltados a disciplinar o tema de forma mais abrangente. Neste sentido, com relação às normas acima examinadas, podem-se apontar dois pontos observados pela integralidade das legislações: i) a preocupação com a explicitação das excludentes; ii) o cuidado em se exteriorizarem as características do dano reparável.

De todo o exposto, o que se pode observar, então, é que dos países ibero-americanos investigados (vinte, ao todo), nove encontram-se no mesmo cenário que o do Brasil: a responsabilidade extracontratual do Estado tem previsão genérica em norma constitucional, mas não possui complementação legislativa ordinária posterior, de âmbito nacional ou federal. Vale relembrar que, em situação *sui generis*, tem-se o Panamá, que não tem previsão expressa da obrigação de reparação no texto fundamental, e também não possui lei geral disciplinando a temática.<sup>221</sup>

Em contrapartida, nos demais, em um total de dez, verifica-se a existência de legislação ordinária (nacional ou federal) normatizando o instituto, mesmo naquelas localidades em que a responsabilidade não possui sequer as balizas mínimas consagradas no texto da Constituição (caso de Argentina, Costa Rica e Peru). Ou seja, identificam-se, em outros países ibero-americanos, experiências de um tratamento legislativo mais detalhado do instituto da responsabilidade civil do Estado – corroborando com a afirmação realizada anteriormente, da necessidade de integração legislativa do art. 37, § 6º da Constituição Federal, com a edição de uma lei nacional que discipline normas gerais e aspectos processuais sobre o assunto.

Ainda, o exame dos tópicos abordados pelas legislações permite reconhecer as matérias relacionadas ao campo da responsabilização estatal que, em tese, demandam maior explicitação legal. Nas legislações examinadas, viu-se que, em todas elas, houve preocupação com a discriminação das excludentes, e com a exteriorização das características do dano reparável. Tratam-se de questões que não são abordadas pelo dispositivo constitucional que cuida da responsabilização no Brasil, o que também reforça a indispensabilidade de sua complementação normativa.

---

<sup>221</sup> O que, convém relembrar, não significa a adoção de uma irresponsabilidade do Estado naquele local.

## Capítulo 4 – A edição de uma lei nacional de responsabilidade civil do Estado no Brasil: a questão da competência e os temas a serem abordados

O que se sustentou, até aqui, foi a necessidade de edição de uma legislação nacional a respeito da responsabilidade civil do Estado,<sup>222</sup> estabelecendo normas gerais e abordando aspectos processuais sobre o tema, com o objetivo de conferir um tratamento legislativo mais detalhado ao instituto (assim como já ocorre em outros países ibero-americanos). Tal fato contribuiria para a redução das divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes com relação ao art. 37, § 6º da Constituição Federal, promovendo o princípio da segurança jurídica. Todavia, torna-se relevante realizarem-se algumas considerações sobre a competência legislativa para a confecção da legislação proposta.

Dentro deste contexto, nota-se que, quanto à possibilidade de lei nacional disciplinar aspectos processuais inerentes à responsabilização, inexistem maiores questionamentos. Isto porque, consoante o catálogo de competências previsto pela Constituição Federal,<sup>223</sup> a competência para legislar sobre Direito processual é privativa da União,<sup>224</sup> ou seja, exclusiva daquele ente federativo.<sup>225</sup> Nesse sentido, seria plenamente possível a edição de uma única lei, promulgada pelo Congresso Nacional, que disciplinasse aspectos processuais sobre a obrigação reparatória estatal uniformemente a todas as pessoas políticas.

No entanto, no que se refere às questões materiais afetas à responsabilidade civil do Estado, a discussão sobre a viabilidade de tratamento legislativo por intermédio de uma legislação nacional, considerando-se a atual distribuição de competências legislativas consagrada no texto constitucional, pode gerar controvérsias. E, assim, como ponto de partida para a explicação da assertiva anterior, vale-se de discussão outrora desenvolvida na Argentina, que ganhou notoriedade no momento da elaboração do Novo Código Civil e Comercial daquele país, no ano de 2014.<sup>226</sup>

<sup>222</sup> As leis nacionais, consoante já foi demonstrado, são aquelas editadas pela União e que alcançam todo o território nacional, vinculando a própria União, Estados-membros e Municípios. Diferem-se, portanto, das leis federais, que são aquelas elaboradas pela União, mas que se aplicam apenas ao âmbito federal.

<sup>223</sup> Para uma análise específica das competências na Constituição Federal de 1988, cf.: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

<sup>224</sup> Art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

<sup>225</sup> É a lição de Fernanda Dias Menezes de Almeida, que utiliza, inclusive, a expressão “competência privativa” como sinônimo de “competência exclusiva”. Neste sentido, cf.: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências...*, p. 85-87.

<sup>226</sup> Trata-se do *Código Civil y Comercial de la Nación* (Ley nº 26.994), promulgado pela à época presidente Cristina Fernandez de Kirchner, em 08 de outubro de 2014.

Nesta esteira, imperioso ressaltar que o texto original do Anteprojeto do Novo Código Civil e Comercial argentino, confeccionado pela Comissão de Reforma,<sup>227</sup> continha três dispositivos destinados a disciplinar a responsabilidade extracontratual do Estado.<sup>228</sup> Contudo, posteriormente, o Poder Executivo modificou todo o regramento da proposta, substituindo integralmente a redação dos artigos,<sup>229</sup> sob o entendimento de que o tema não poderia ser tratado materialmente pela legislação civil – na medida em que esta era elaborada exclusivamente pelo Congresso Nacional, e aplicável de forma homogênea a todos os entes. O posicionamento, ao contrário, era o de que cada ente possuiria competência para legislar sobre o assunto de modo particular, dentro do seu próprio âmbito de jurisdição. Vale dizer que o Novo Código Civil e Comercial argentino foi promulgado com as alterações introduzidas pelo Poder Executivo Nacional – sem abordar a responsabilidade extracontratual estatal, portanto.<sup>230</sup>

Como bem sintetiza Fernando M. Lagarde, o cerne da discussão, que se desenvolveu intensamente na Argentina, cinge-se em se determinar se a responsabilidade civil do Estado se trata de matéria de Direito civil, ou de Direito administrativo. Isto porque, a resposta à

<sup>227</sup> A Comissão era formada pelos então presidente e vice da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, Ricardo Lorenzetti e Elena Highton de Nolasco. Ademais, também era integrante a ex-juíza da Suprema Corte da província de Mendoza, Aída Kemelmajer de Carlucci.

<sup>228</sup> Tratam-se dos seguintes dispositivos: art. 1764: “*Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*”; art. 1765: “*Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes*”; art. 1766: “*Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro*”.

<sup>229</sup> Art. 1764: “*Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”; art. 1765: “*Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”; art. 1766: “*Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”.

<sup>230</sup> Não por outro motivo, a Lei de Responsabilidade Civil da Argentina, Lei nº 26.944, publicada em 08 de agosto de 2014, aplica-se apenas à esfera federal, possibilitando, contudo, que a cidade autônoma de Buenos Aires, e as províncias argentinas, adotem o seu conteúdo (Art. 11: “*Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos*”). Importante ressaltar, aqui, que apesar de a mencionada lei ter sido publicada anteriormente ao Novo Código Civil e Comercial argentino, a discussão com relação à competência para a edição de leis sobre a responsabilidade extracontratual estatal originou-se justamente com os debates ocorridos durante a elaboração do *Codex*. Cf., neste sentido: LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales. In: ÁVILA, Santiago Matías. *Responsabilidad del Estado*: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944. Buenos Aires: Infojus, 2015. p. 11-42, p. 11.

indagação influenciaria diretamente na identificação do responsável por legislar sobre o assunto – de acordo com as competências legislativas dispostas na Constituição argentina. Dentro deste contexto, entendida que a responsabilidade é matéria de Direito civil, a competência seria exclusiva do Congresso Nacional, que poderia regular a temática uniformemente para todos os entes. Contudo, na hipótese de se reconhecer que o assunto é atinente à seara do Direito administrativo, a atribuição para legislar sobre a obrigação reparatória seria exclusiva de cada pessoa política (impedindo a abordagem por uma única lei nacional).<sup>231</sup>

Como se demonstrou, a solução legislativa adotada pela Argentina foi a de entender que a responsabilização extracontratual estatal estaria relacionada com o Direito administrativo, o que impediria, portanto, o tratamento através de lei singular, válida para todos os entes. O entendimento ganhou o apoio de grande parte dos administrativistas argentinos. Já para a maioria dos civilistas do mencionado país, a responsabilidade deveria ser regulada pelo Código Civil, com fundamento em uma teoria unificada de reparação de danos, em que não se caberia diferenciar entre Direito público ou privado.<sup>232</sup>

Ocorre que, ao que parece, a discussão pode ser transplantada integralmente para o cenário brasileiro, tendo em vista que, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado como tema de Direito civil ou administrativo também influenciaria na definição da competência para legislar, igualmente como se sucedeu na Argentina.<sup>233</sup>

Assim, estremada a responsabilidade como tema de Direito civil, por força do comando do art. 22, I, da Constituição, a competência legislativa seria privativa da União.<sup>234</sup> Desta forma, não haveria óbice para a edição de lei, promulgada pelo Congresso Nacional, que disciplinasse de forma geral a responsabilidade em âmbito nacional.

Pelo contrário, caso a obrigação reparatória estatal seja apreendida como matéria de Direito administrativo, a resposta seria diferente. Sobre isso, Fernando Dias Menezes de Almeida ressalta que, analisando a repartição de competências no diploma constitucional brasileiro, não se verifica a discriminação da atribuição para legislar em matéria de Direito

<sup>231</sup> LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional..., p. 14-15. Sobre o assunto, cf. também: BIGLIERI, Alberto. Tensión entre la Reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada. *Revista La Ley*, Buenos Aires, n. 85, p. 1-8, 2014, p. 1-2.

<sup>232</sup> Fernando M. Lagarde apresenta a opinião de vários juristas argentinos a respeito do tema, concluindo pela predileção dos administrativistas ao tratamento da responsabilidade no campo do Direito administrativo, e dos civilistas para a disciplina da obrigação reparatória no Código Civil. Cf.: LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional..., p. 21-25.

<sup>233</sup> Sobre isso, em termos gerais, cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e Novo Código Civil...*, p. 28-31.

<sup>234</sup> Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.



administrativo. E, em sendo assim, e por conta do art. 18 da Constituição,<sup>235</sup> que prevê a autonomia dos entes federativos, cada membro possuiria competência privativa para legislar sobre Direito administrativo em sua respectiva jurisdição.<sup>236</sup> Por isso, reconhecendo a responsabilidade como assunto de Direito administrativo, a atribuição para legislar seria, em regra, privativa de cada ente da federação – o que impediria a edição de uma legislação nacional disciplinando aspectos materiais de modo uniforme.

A respeito deste impasse, nota-se que, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado é tradicionalmente tratada, para além da esfera constitucional, no âmbito da legislação civil. Como visto outrora, o Código Civil de 1916 foi a primeira lei a normatizar o tema de forma geral no país.<sup>237</sup> O assunto, inclusive, continuou a ser objeto de atenção pelo Código Civil de 2002.<sup>238</sup> Ou seja, a responsabilização extracontratual estatal foi invariavelmente encarada, ao menos no âmbito do Direito positivo infraconstitucional brasileiro, como matéria de Direito civil.

Neste sentido, e como anteriormente mencionado,<sup>239</sup> crucial asseverar que se encontra em tramitação, no Congresso, proposta legislativa que pretende criar uma lei nacional de responsabilidade civil do Estado no Brasil. Trata-se do Projeto de Lei nº 412/2011, suscitado na Câmara dos Deputados e com redação final devidamente aprovada na respectiva Casa Legislativa.<sup>240</sup> A proposta, também consoante se afirmou em momento anterior, encontra-se atualmente sob análise no Senado Federal (onde tramita com o nome de Projeto de Lei da Câmara nº 126/2015, já tendo sido apresentado, inclusive, Substitutivo pelo relator da proposição na Casa revisora).<sup>241</sup> Em verdade, a proposição legislativa, conforme visto, tem origem em anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas, criada por intermédio da

<sup>235</sup> Art. 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

<sup>236</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências Legislativas e Analogia – Breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 357-370, jan./dez. 2007, p. 365 (mais especificamente, nota “21”). Assim, e como bem sintetiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em regra, cada ente pode legislar ampla e autonomamente sobre Direito administrativo em seu âmbito de competência. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública e a Revisão Constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 187, p. 48-81, jan./mar. 1992, p. 53.

<sup>237</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *A Responsabilidade Extracontratual...*, p. 21. Tratava-se do art. 15 do Código Civil de 1916: “As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

<sup>238</sup> Consoante já se afirmou, o art. 43 do Código Civil de 2002 repete, com impropriedade técnica, o dispositivo constitucional.

<sup>239</sup> No prólogo desta pesquisa explicitou-se, mais detalhadamente, o histórico envolvendo a proposta de criação de uma lei nacional de responsabilidade civil do Estado no Brasil.

<sup>240</sup> Cf. anexos.

<sup>241</sup> Cf. anexos.

Portaria Conjunta nº 8, de 22 de fevereiro de 2002, da Advocacia Geral da União e do Ministério da Justiça, e presidida pelo administrativista Caio Tácito.

No entanto, nem na Comissão de Juristas, nem na Câmara dos Deputados, houve qualquer discussão a respeito da constitucionalidade formal da proposta. Em outras palavras, inexistiu, em ambos os lugares, debate quanto à possibilidade de o tema ser tratado por uma lei única confeccionada pelo Congresso Nacional, e válida para todos os entes federativos.

A discussão, então, foi enfrentada apenas no Senado Federal. De acordo com o relatório elaborado pelo relator do projeto, Senador Antonio Anastasia, a proposta de uma lei incidente de modo uniforme a todos os entes federativos era formalmente constitucional. A assertiva foi fundamentada no fato de que a competência para legislar sobre Direito civil e Direito processual civil, matérias que seriam afetas à disciplina da responsabilização estatal, era privativa da União, e o tema dispensava um tratamento em lei nacional.<sup>242</sup> Como se vê, a constitucionalidade formal da proposição de lei, que pretende criar uma legislação específica de âmbito nacional para o assunto no país, fundou-se na constatação de que a responsabilidade extracontratual estatal era assunto materialmente concernente ao Direito civil – alinhando-se com a compreensão que tradicionalmente se observa no Direito positivo infraconstitucional brasileiro.

Assim, do exposto, infere-se que se tem reconhecido no Brasil, em termos de processo legislativo, que a responsabilidade civil do Estado é, sob o ponto de vista substancial, relacionada ao Direito civil, o que possibilita o seu tratamento através de leis nacionais elaboradas tão somente pelo Congresso – como no caso do Código Civil de 2002, publicado após a repartição de competências trazida pela Constituição Federal, e também na hipótese da proposição legislativa atualmente em tramitação no Senado Federal.

Entretanto, e na realidade, o tema da responsabilidade extracontratual estatal, assim como majoritariamente sustentado na contenda existente na Argentina, deve ser considerado materialmente como objeto de estudo do Direito administrativo, como bem adverte Romeu

---

<sup>242</sup> Conforme o relatório do Senador Antonio Anastasia: “o PLC é constitucional, tanto sob os aspectos formal e material. Com efeito, compete à União legislar sobre direito processual e direito civil (CF, art. 22, I), regras obviamente relacionadas à regulamentação do § 6º do art. 37 — que, demais disso, exige um tratamento em lei nacional”. ANASTASIA, Antonio. *Relatório sobre o PL da Câmara nº 125/2015 na CCJ*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123063>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

Felipe Bacellar Filho.<sup>243</sup> Assim, em que pese às opiniões em sentido contrário,<sup>244</sup> essencial relembrar que a principal contribuição do prestigiado caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1873,<sup>245</sup> foi justamente o reconhecimento da necessidade de se editarem regras de Direito administrativo para abordar a responsabilização extracontratual do Estado.<sup>246</sup>

Com isso, sendo a responsabilidade civil estatal matéria de Direito administrativo, não parece possível a edição de uma lei nacional disciplinando materialmente o tema, ao menos se considerando a atual conformação do rol de competências legislativas previsto na Constituição Federal.<sup>247</sup> Como já alertado, com o objetivo de garantir a autonomia política dos entes federados, a regra geral é que União, Estados, Distrito Federal e Municípios possam legislar livremente sobre temas relacionados ao Direito administrativo.<sup>248</sup>

Todavia, como destacado, a responsabilidade civil do Estado apresenta-se como um instituto que demanda, no Brasil, uma disciplina geral, em lei nacional, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica ao tema. O argumento é reforçado na medida em que as balizas mínimas de compreensão do assunto podem ser extraídas diretamente do próprio art. 37, § 6º da Constituição Federal, devendo ser aplicadas, indistintamente, a todos os entes federativos – fazendo com que o dispositivo atue, desta maneira, como uma norma específica de condicionamento da autonomia administrativa dos entes.<sup>249</sup> Ainda, essencial destacar que, como delineado anteriormente, aspectos processuais ligados ao assunto invariavelmente terão de ser abordados através de lei nacional elaborada pelo Congresso, uma vez que a competência para legislar sobre Direito processual é privativa da União.

<sup>243</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil...*, p. 198. Importante alertar que a afirmação do autor é realizada tão somente com relação à responsabilidade civil do Estado no exercício da função administrativa, mas, ao que parece, não existe qualquer óbice à sua generalização.

<sup>244</sup> Aurélio Adelino Bernardo traz a opinião de diversos juristas a respeito da natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado, se de Direito público ou privado. BERNARDO, Aurélio Adelino. *Responsabilidade Civil do Estado por lesão aos direitos fundamentais*. 2014. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 26-30.

<sup>245</sup> Sobre o caso Blanco, cf.: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1133.

<sup>246</sup> A observação é de Daniel Wunder Hachem. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1134.

<sup>247</sup> A constatação implicaria em se reconhecer um vício de inconstitucionalidade formal da proposição atualmente em exame no Congresso Nacional (nº 412/2011, na Câmara dos Deputados, e nº 126/2015, no Senado Federal).

<sup>248</sup> Consoante a afirmação de Romeu Felipe Bacellar Filho. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil...*, p. 28.

<sup>249</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que a autonomia dos entes federativos, no tocante ao Direito administrativo, sofre condicionamentos constitucionais. O condicionamento pode advir de normas principiológicas, normas gerais ou mesmo de normas específicas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública e a Revisão Constitucional...*, p. 61.

Como, então, compatibilizar esta demanda com o cenário constitucional nacional? A resposta perpassa por uma mudança pretérita no rol de competências legislativas da Constituição Federal.

Dentro deste contexto, torna-se importante ressaltar que a autonomia política dos entes federados não é absoluta, sendo que a própria Constituição prevê hipóteses em que esta é afastada, possibilitando que assuntos afetos ao Direito administrativo sejam alvo de legislação nacional. De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tratam-se de situações em que o constituinte priorizou a essencialidade de um tratamento homogêneo à questão.<sup>250</sup> Neste sentido, verifica-se, como exemplo, consoante identificado por Fernando Dias Menezes de Almeida, o art. 22, XXVII, que atribui à União a competência para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades (...)”.<sup>251</sup>

Vale dizer que a responsabilidade civil do Estado se apresenta justamente como um assunto que requer um tratamento legislativo geral igualitário,<sup>252</sup> possibilitando, assim, que o instituto seja considerado como uma exceção à regra da competência legislativa tradicional em termos de Direito administrativo. No entanto, como o reconhecimento da excepcionalidade demanda disposição constitucional expressa,<sup>253</sup> torna-se necessária uma pequena modificação na Constituição Federal. Basta que seja acrescido ao rol de competências legislativas concorrentes,<sup>254</sup> inciso atinente à responsabilidade extracontratual estatal, viabilizando, assim, que legislação nacional discipline normas gerais a respeito do assunto.<sup>255</sup> Assim, uma única lei, editada pelo Congresso Nacional, poderia disciplinar normas gerais no âmbito da responsabilização.

<sup>250</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública e a Revisão Constitucional...*, p. 53.

<sup>251</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Competências Legislativas e Analogia...*, p. 365 (mais especificamente, nota “21”).

<sup>252</sup> Importante ressaltar que, até mesmo na Argentina, em que se reconheceu a competência legislativa privativa de cada ente federativo, existe a preocupação com o tratamento uniforme mínimo do instituto. Fernando M. Lagarde, por exemplo, identifica um rol de condicionamentos às competências legislativas locais, derivado da Constituição argentina. LAGARDE, Fernando M. *La atribución constitucional...*, p. 33-34.

<sup>253</sup> É este o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem a regra geral em termos de competência para legislar sobre Direito administrativo só pode ser afastada por disposição constitucional expressa. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil...*, p. 28.

<sup>254</sup> Trata-se do rol do art. 24 da Constituição. A competência legislativa concorrente, aqui, é aquela que Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica como competência legislativa concorrente limitada, que permite à União a edição de normas gerais sobre o assunto, remanescendo aos demais entes federativos a possibilidade de confeccionarem normas específicas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública e a Revisão Constitucional...*, p. 57.

<sup>255</sup> Com supedâneo no art. 24, §1º da Constituição Federal.

No entanto, esta constatação leva obrigatoriamente à necessidade de se exteriorizar o que deve ser entendido por normas gerais – tendo em vista que o assunto em questão gera controvérsias intermináveis em âmbito doutrinário.<sup>256</sup>

De início, relevante realçar que as normas gerais não podem ser tomadas simplesmente como normas consagradoras de diretrizes básicas.<sup>257</sup> Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, revela-se imprescindível que seja ampliado o sentido usualmente atribuído a esta categoria.<sup>258</sup> Nesta esteira, e como esclarece Fernando Vernalha Guimarães, as normas gerais serão, em regra, marcadas por um estereótipo abrangente e não exaustivo. No entanto, não se pode afastar a possibilidade de que, excepcionalmente, uma regra geral alcance um nível substancial de detalhamento, em razão da exigência de que certa matéria receba um tratamento uniforme pelos entes federados.<sup>259</sup> Ademais, como alerta Floriano de Azevedo Marques Neto, a objeção de que normas gerais regulem de forma mais minuciosa eventual assunto decorre da essencialidade de se salvaguardar a margem de especificação de leis regionais e locais – no entanto, inexistindo este campo de atuação, não subsistirá impedimento a uma maior pormenorização.<sup>260</sup>

Assim, nota-se que a elaboração de normas gerais a respeito da responsabilidade civil do Estado não está adstrita apenas à identificação de diretrizes básicas sobre o tema – o que poderia implicar em uma ausência de utilidade de qualquer complementação legislativa, uma vez que o art. 37, § 6º da Constituição Federal já cumpriria com este papel. Na realidade, a edição de uma lei contendo um regramento geral a respeito da obrigação reparatória estatal implica no tratamento dos aspectos centrais, gerais e essenciais do assunto, que demandem uma

<sup>256</sup> Consoante Fernando Vernalha Guimarães. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O conceito de norma geral e a regra do valor mínimo às parcerias público-privadas (inciso I do § 4.º do art. 2.º da Lei nº 11.079/2004). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 18, p. 1-18, mai./jul. 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FERNANDOVERNALHA.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

<sup>257</sup> Segundo a definição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, normas gerais são declarações principiológicas emanadas pela União, no uso de uma competência legislativa concorrente limitada, concernentes ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas na confecção das normas específicas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988, p. 159.

<sup>258</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *IP - Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 13, n. 66, mar./abr. 2011, não paginado. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

<sup>259</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O conceito de norma geral..., p. 4.

<sup>260</sup> O entendimento do autor é manifestado em parecer elaborado para a Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL, no ano de 2006. *Apud*: REZENDE, Renato Monteiro de. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/243215>>. Acesso em: 25 jul. 2018.



disciplina padrão em âmbito nacional.<sup>261</sup> E quais seriam estes aspectos? Em outras palavras, quais os tópicos que deveriam ser objeto de uma lei de responsabilidade civil do Estado, que objetivasse consagrar normas gerais sobre o tema?

De início, insta salientar, conforme enumera Celso Antônio Bandeira de Mello, que quatro são as questões fundamentais que se apresentam com relação à responsabilidade extracontratual estatal: i) quem são os sujeitos, e quando o seu comportamento pode ensejar o dever reparatório do Estado; ii) os caracteres necessários à conduta para ensejar a responsabilização; iii) as características do dano reparável; iv) as hipóteses que podem excluir a obrigação de reparação. Estas, portanto, seriam as questões capitais que envolvem o assunto.<sup>262</sup> E, em sendo assim, exsurtem como temas obrigatórios em uma lei geral sobre responsabilidade civil do Estado, em razão da necessidade de que contenham um tratamento igualitário em âmbito nacional (o que inclui, também, as matérias conexas com estes assuntos).

No entanto, para além destes, outras temáticas despontam como questões essenciais relacionadas ao tema – e que, portanto, igualmente poderiam ser apontadas como integrantes do conteúdo de normas gerais no âmbito da responsabilidade (o que também abrange os pontos com elas relacionados). Tratam-se dos casos da responsabilização envolvendo o exercício da função legislativa e judicial. Isto porque, como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando se fala em responsabilidade civil do Estado, está-se referindo aos três tipos de funções pelos quais normalmente se reparte a atividade estatal – e não só à administrativa.<sup>263</sup> Para além disso, pode-se citar, também, o direito de regresso, expressamente previsto no texto constitucional.<sup>264</sup>

Os tópicos supracitados, assim, podem ser elencados como integrantes de uma disciplina base da responsabilidade civil do Estado (revestindo-se da qualidade de normas gerais, portanto). Por esta razão, constituem-se em temas de tratativa obrigatória em uma lei geral de responsabilidade extracontratual estatal. Aliado a estas matérias, e como se viu, necessário que a legislação aborde, também, os aspectos processuais atinentes à responsabilização. Impõe-se advertir que, quanto aos aspectos processuais, não se estará tratando tecnicamente de normas gerais, uma vez que a competência para legislar sobre Direito processual, como visto, é privativa da União – e a edição de normas gerais pressupõe a

---

<sup>261</sup> Na esteira do que afirma Fernando Vernalha Guimarães, a respeito do conteúdo das normas gerais. Isto porque, segundo o autor, quando o legislador outorga competência à União para produzir normas gerais sobre determinado assunto, está reservando a ela a competência de editar regras a respeito de aspectos centrais, gerais e essenciais do tema. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O conceito de norma geral...*, p. 6.

<sup>262</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1040.

<sup>263</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 813.

<sup>264</sup> Art. 37, § 6º da Constituição Federal: “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

existência de competência legislativa concorrente.<sup>265</sup> Porém, como o órgão competente seria o mesmo, o Congresso Nacional, inexistiria qualquer inconsistência de tratamento de normas gerais e regras processuais em um mesmo diploma normativo.

Em síntese, como se viu, a espelho da discussão ocorrida na Argentina com a promulgação no Novo Código Civil e Comercial daquele país, a definição da responsabilidade civil do Estado como matéria de Direito civil ou administrativo afeta diretamente a competência legislativa para a disciplina do tema no Brasil. Neste sentido, a responsabilização extracontratual estatal deve ser reconhecida como assunto concernente ao Direito administrativo, o que, como regra geral, implica em se admitir que cada ente possui competência privativa para legislar sobre este conteúdo, dentro de sua área de jurisdição.

Entretanto, a autonomia administrativa dos entes políticos pode ser excepcionada em casos que demandem tratamento uniforme a nível nacional, sendo que a própria Constituição Federal já contém exemplos neste sentido. Nesta esteira, a responsabilidade civil do Estado apresenta-se justamente como uma matéria que requer um regramento geral homogêneo, e que pode ser compreendida, assim, como uma restrição à atribuição legislativa ampla dos entes. Contudo, como estas limitações devem estar expressamente previstas no texto constitucional, a edição de uma lei nacional contendo normas gerais sobre a responsabilidade civil do Estado demanda uma pequena modificação no rol de competências legislativas constitucional.

Para tanto, basta que seja inserido um inciso sobre a responsabilidade civil do Estado, dentro do catálogo das competências legislativas concorrentes. Com isso, haveria a possibilidade de que legislação nacional cuidasse da elaboração de normas gerais relacionadas ao tema. Estas normas gerais, por sua vez, qualificam-se como a disciplina base necessária ao regramento da responsabilização estatal. Elas incluem, conforme ressaltado, o enfrentamento das questões capitais,<sup>266</sup> as hipóteses de responsabilidade no exercício da função legislativa e judicial (uma vez que a obrigação não se resume apenas aos danos originados da função administrativa), bem como o direito de regresso – e, como consequência, as matérias conexas com os temas destacados. Por fim, fundamental que a mesma lei nacional também discipline, para além das normas gerais, os aspectos processuais, não existindo qualquer problema para o regramento conjunto, uma vez que a competência, para o Direito processual, é privativa da União.

---

<sup>265</sup> Como assevera Fernando Dias Menezes de Almeida, as normas gerais são inerentes à sistemática das competências legislativas concorrentes. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Competências Legislativas e Analogia...*, p. 365 (mais especificamente, nota “21”).

<sup>266</sup> Adotando-se, como esclarecido anteriormente, a nomenclatura de Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1040.

## PARTE II: A LEI NACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES CAPITAIS

### Capítulo 1 – A explicitação de quem são os sujeitos e de quando estes podem ocasionar a responsabilidade civil do Estado

Consoante se aventou outrora,<sup>267</sup> para além da demonstração da necessidade de elaboração de uma lei nacional de responsabilidade civil do Estado no Brasil, que disciplinasse normas gerais e aspectos processuais relacionados ao tema (em complementação ao art. 37, § 6º da Constituição Federal),<sup>268</sup> objetiva-se também apresentar, ao final, um anteprojeto de lei. E essa tarefa implica obrigatoriamente em externar como os temas identificados anteriormente, que deveriam integrar o diploma normativo preconizado,<sup>269</sup> teriam de ser abordados sob o ponto de vista legislativo.

Dentre os assuntos mencionados estão as denominadas questões capitais da responsabilidade civil do Estado. Anote-se que, ainda que estas tenham sido suscitadas levando-se em consideração apenas a responsabilidade no exercício da função administrativa,<sup>270</sup> referem-se a conteúdos inerentes à própria ideia de responsabilização como um todo, o que também implica no seu aproveitamento para a obrigação reparatória decorrente do exercício das funções legislativa e judicial (no que for pertinente).<sup>271</sup> Cumpre-se, então, examinar estas questões capitais, ressaltando-se que o seu enfrentamento resulta também na análise obrigatória dos conteúdos com elas conexos. Neste capítulo, então, será abordada a primeira delas: quem são os sujeitos, e quando o seu comportamento pode ensejar a responsabilidade civil do Estado?<sup>272</sup>

Aqui, torna-se relevante uma observação. Apesar da utilização corriqueira da expressão “responsabilidade civil do Estado”, o regime previsto pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal aplica-se a outros entes que não são coincidentes com a figura do Estado

---

<sup>267</sup> Cf. o prólogo do presente trabalho.

<sup>268</sup> Realizada na parte I desta pesquisa.

<sup>269</sup> Cf. capítulo 4 da parte I.

<sup>270</sup> Rememore-se que a locução “questões capitais” trata-se de expressão cunhada por Celso Antônio Bandeira de Mello. No entanto, elas são abordadas pelo autor apenas no campo da responsabilidade por comportamentos administrativos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1039-1040.

<sup>271</sup> Cujas particularidades serão enfrentadas oportunamente (respectivamente: capítulos 2 e 3 da parte III).

<sup>272</sup> Tendo em vista que, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, “dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1040.

em sentido estrito (pessoas políticas).<sup>273</sup> Por isso, crucial elucidar, inicialmente, quem são as demais pessoas abrangidas pela mencionada regra constitucional.<sup>274</sup> Primeiramente, porque o comportamento dos indivíduos vinculados a estes entes também originará a mesma modalidade de reparação estatal, e importará na definição do próprio âmbito subjetivo de aplicação da lei.<sup>275</sup> A despeito disso, a responsabilidade do Estado, enquanto pessoa política, também poderá ser deflagrada por danos ocasionados por estes outros entes,<sup>276</sup> o que solidifica ainda mais a imprescindibilidade de abordagem da matéria.

Assim, de início, com base na norma do art. 37, § 6º da Constituição Federal, pode-se concluir que o regime de responsabilidade por ela previsto aplica-se a todas as pessoas jurídicas de Direito público.<sup>277</sup> Como bem ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a incidência da obrigação reparatória a estas pessoas, nos moldes do mencionado dispositivo, independe da atividade efetivamente desempenhada por elas.<sup>278</sup> Vale dizer que as pessoas jurídicas de Direito público encontram-se expressamente enumeradas no art. 41 do Código Civil,<sup>279</sup> o que inclui o Estado como pessoa política.

Entretanto, a norma também faz menção expressa às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos.<sup>280</sup> A extensão da responsabilidade a esta categoria, com base no mesmo regime das pessoas jurídicas de Direito público, trata-se de inovação

<sup>273</sup> De acordo com o autor, “em regime de federação, como o nosso, reserva-se o termo Estado para as pessoas políticas que compõem a associação federativa – a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos*. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 136-157, p. 142.

<sup>274</sup> Segundo Irene Patrícia Nohara, vários requisitos podem ser extraídos do texto normativo do art. 37, § 6º da Constituição Federal. O primeiro deles é, justamente, a identificação das pessoas que respondem no regime ali previsto. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 857.

<sup>275</sup> Que, conforme a Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe, entre outros, sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, diz respeito a assunto que deve fazer parte do primeiro artigo de qualquer legislação. Neste sentido: art. 7º: “O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação (...)”.

<sup>276</sup> Pode-se cogitar da responsabilidade subsidiária, conforme se verá a seguir.

<sup>277</sup> Art. 37, § 6º da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público (...)”. Romeu Felipe Bacellar Filho, de modo mais específico, chegou a sustentar que apenas as pessoas jurídicas de Direito público prestadoras de serviços públicos (entendido este em uma concepção mais restrita) estariam acobertadas por este sistema de responsabilização. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos*. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 2, n. 9, p. 13-59, 2002, p. 52.

<sup>278</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade Civil das Entidades Paraestatais*. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 823-842, p. 838.

<sup>279</sup> Art. 41: “São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

<sup>280</sup> Art. 37, § 6º da Constituição Federal: “(...) e as de direito privado prestadoras de serviços públicos (...)”.

trazida pela Constituição Federal de 1988.<sup>281</sup> O que se verifica, portanto, é que as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos foram equiparadas àquelas de Direito público para fins de responsabilização.<sup>282</sup>

Neste ambiente, um ponto que pode gerar dúvidas diz respeito ao sentido da locução “serviços públicos” constante no art. 37, § 6º da Constituição Federal,<sup>283</sup> o que torna substancial que o questionamento seja dirimido por eventual lei que pretenda disciplinar normas gerais sobre a responsabilidade extracontratual estatal (tendo em vista que o entendimento reflete diretamente no âmbito subjetivo de aplicação da lei).

Neste campo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que existem diferentes conceitos para serviços públicos, que podem ser listados em ordem decrescente de abrangência: i) aqueles que incluem, como serviços públicos, todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e função administrativa); ii) outros que consideram incluídos no termo apenas as atividades administrativas, excluindo as funções judicial e legislativa; iii) de forma mais restritiva, os que entendem o serviço público como uma atividade própria, diferenciada das demais atividades administrativas.<sup>284</sup>

Dentro deste contexto, para Emerson Gabardo, serviços públicos devem ser apreendidos, na norma constitucional que cuida da responsabilidade, como expressão de qualquer atividade tipicamente pública.<sup>285</sup> Portanto, o conceito teria sido utilizado em sua acepção ampla. A mesma opinião é compartilhada por Maurício Zockun, que entende que o termo foi adotado como sinônimo de atividade pública.<sup>286</sup> Entretanto, para a maior parte da doutrina, a locução foi utilizada na regra constitucional na perspectiva restrita (em que serviços públicos são diferenciados das demais atividades administrativas).

De acordo com estes autores, o vocábulo foi utilizado no texto de forma reservada, com o propósito de diferenciar exclusivamente serviços públicos de atividade econômica em

<sup>281</sup> Cf., entre outros: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 216; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 597.

<sup>282</sup> Conforme pondera José Dos Santos Carvalho Filho. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 142.

<sup>283</sup> Como ensina Adriana da Costa Ricardo Schier, não existe um consenso acadêmico quando o tema são os “serviços públicos”. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 59.

<sup>284</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Serviços Públicos*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de Direito Administrativo*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 292-317, p. 301.

<sup>285</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (orgs.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-298, p. 264.

<sup>286</sup> ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional da Atividade Notarial e de Registro*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 186 (nota de rodapé “139”).



sentido estrito.<sup>287</sup> Esta compreensão parte da classificação trazida por Eros Roberto Grau, segundo a qual serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito seriam espécies do gênero atividade econômica.<sup>288</sup> O que permitiria distingui-las, então, é justamente a forma como o Direito as disciplina,<sup>289</sup> o que acarreta em reflexos na responsabilidade extracontratual. Imperioso demonstrar esta diferenciação.

Consoante argumenta Daniel Wunder Hachem, a exploração da atividade econômica em sentido estrito, nos termos do art. 173 da Constituição Federal,<sup>290</sup> está reservada à iniciativa privada, permitindo-se que o Estado a desempenhe apenas excepcionalmente. Desta forma, quando realizada por particulares, a atividade será regida integralmente pelo conjunto de regras concernente ao Direito privado; outrossim, quando o exercício se der por intermédio do Estado, o regime jurídico será também o de Direito privado, mas aí parcialmente derogado por normas de Direito público.<sup>291</sup> Entretanto, impõe-se anotar, neste ponto, que o sistema de responsabilidade oriundo do Direito civil, prioritariamente de responsabilidade subjetiva, não faz parte deste plexo de normas eventualmente derogadas pelo Direito público. A assertiva sustenta-se no fato de que a Constituição prevê de forma expressa que o dever reparatório, quando do exercício de atividade econômica em sentido estrito, se dará nos moldes das empresas privadas.<sup>292</sup>

Em contrapartida, os serviços públicos compreendidos nesta perspectiva mais restrita, como bem sintetiza Emerson Gabardo, nada mais são do que atividades econômicas em sentido

<sup>287</sup> Neste sentido, entre outros, cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1390; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 820; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 858; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 598.

<sup>288</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 100. Vale dizer que o enquadramento dos serviços públicos como espécie de atividade econômica é criticado por parte da doutrina. Neste sentido, cf.: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197-198; FREIRE, André Luiz. *O regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 246 e ss.

<sup>289</sup> A afirmação é de Daniel Wunder Hachem. HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014, p. 125.

<sup>290</sup> Art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

<sup>291</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Direito fundamental...*, p. 126.

<sup>292</sup> Art. 173, § 1º: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Em sentido contrário, anota-se a opinião de Romeu Felipe Bacellar Filho. Para o autor, não se pode traduzir “obrigação civil” como “responsabilidade civil”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 229.

estrito que tiveram o seu regime jurídico alterado, em razão de uma ação imperativa do Estado. Desta feita, como atividade econômica em sentido estrito, submetiam-se aos ditames do Direito privado. No entanto, como serviços públicos, estão adstritas de forma integral ao regime do Direito público.<sup>293</sup>

Todavia, e ao que parece, para fins de responsabilidade, o que realmente importa para atrair o regime do art. 37, § 6º da Constituição Federal é o exercício de uma atividade pública. Por esta razão, e na esteira da lição de Emerson Gabardo e Maurício Zockun, o termo serviços públicos constante na regra constitucional da responsabilidade deve ser entendido – a partir de uma concepção ampla – como sinônimo de qualquer atividade típica do Estado transferida ao particular. Contudo, vale dizer que esse posicionamento apenas confirma a ideia de que as pessoas jurídicas de Direito privado exercentes de atividade econômica estão fora do âmbito de incidência da norma constitucional, porque, nestes casos, não estão prestando nenhuma atividade característica estatal.

Assim, o regime de responsabilização da norma constitucional em comento seria aplicável somente àquelas pessoas jurídicas de Direito privado que atuem prestando serviços públicos (compreendidos como expressão de qualquer atividade pública). Desta feita, integrando a Administração Indireta, ou mesmo tratando-se de entidades particulares fora da estrutura da Administração Pública, as pessoas jurídicas de Direito privado responderão, no mesmo sistema das pessoas jurídicas de Direito público, caso prestem efetivamente serviços públicos.<sup>294</sup> Ao contrário, executando tarefas que não envolvam atividades propriamente estatais, como são as atividades econômicas em sentido estrito, o sistema de responsabilidade será aquele trazido pelo Direito civil (em regra, subjetivo).<sup>295</sup>

Ocorre que, ainda no tocante às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, exsurtem outras questões correlatas importantes, e que também demandam tratamento explícito em uma lei geral sobre a responsabilidade civil do Estado. Primeiramente, como pontua José dos Santos Carvalho Filho, é indispensável que haja um vínculo jurídico

<sup>293</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 134. Ainda, da mesma forma, cf.: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público...*, p. 100.

<sup>294</sup> É a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade Civil...*, p. 838. No mesmo sentido, Irene Patrícia Nohara. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 858-859.

<sup>295</sup> O que não significa, como se pode depreender do exposto por Romeu Felipe Bacellar Filho, que a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito privado exercentes de atividade econômica em sentido estrito seja sempre subjetiva, diante das exceções previstas em lei. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil...*, p. 227 e ss.

entre estas e o Estado (pessoa política).<sup>296</sup> Além disto, cumpre-se asseverar que elas só estarão obrigadas, dentro do regime do art. 37, § 6º da Constituição Federal, na medida em que os danos estejam relacionados com os serviços públicos desempenhados.<sup>297</sup>

Outro ponto que merece destaque quanto às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos é a viabilidade de a transferência dos serviços ocorrer por intermédio de instrumentos celebrados, pelo Estado, com particulares sem fins lucrativos,<sup>298</sup> como nos casos dos contratos de gestão confeccionados com as Organizações Sociais.<sup>299</sup> Tratando exclusivamente deste cenário das Organizações Sociais, Fernando Borges Mânica esclarece que o vínculo pode ser utilizado eventualmente para o transpasse de atividade estatal, e não com a finalidade de fomento.<sup>300</sup> Nestas situações, então, a responsabilidade daquela pessoa jurídica se daria nos moldes do art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>301</sup> Em verdade, a conclusão deve ser estendida a qualquer pessoa jurídica de Direito privado, sem fins lucrativos, a que serviços públicos tenham sido repassados por meio de instrumentos que, em princípio, diriam respeito à atividade de fomento.<sup>302</sup> Pela importância, apresenta-se como prudente que a legislação mencione esta possibilidade.

Neste terreno, ademais, relevante apontar que entidades credenciadas também têm aptidão para se enquadrarem dentro do conceito de pessoas jurídicas de Direito privado

<sup>296</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 598-599. A ressalva é importante, na medida em que, para alguns autores, como Eros Grau, “serviços de educação e saúde, em qualquer hipótese, quer estejam sendo prestados pelo Estado, quer por particulares, configuram serviço público – serviço público não privativo (...)”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem...*, p. 121.

<sup>297</sup> Neste sentido, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 219.

<sup>298</sup> Integrantes do que se convencionou chamar de terceiro setor. Como aponta Fernando Borges Mânica: “em virtude da importância de tais entidades – marcadas pelo volume de pessoas, recursos e atividades por elas prestadas – nas últimas décadas do século passado consolidou-se a expressão terceiro setor, para se referir ao conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de finalidade não lucrativa, criadas voluntariamente pela sociedade civil e dotadas de administração própria”. MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 180.

<sup>299</sup> As parcerias entre Estado e organizações sociais são disciplinadas especificadamente na Lei nº 9.637/1998.

<sup>300</sup> De acordo com o autor: “Entretanto, nos casos em que tal modalidade de vínculo for utilizada para a transferência de atividades qualificadas como serviço público a serem desenvolvidas pelo agente privado sob o respectivo regime jurídico, não se tratará de fomento, mas de delegação de serviço público. MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado...*, p. 241.

<sup>301</sup> Neste sentido, cf., entre outros: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade Civil...*, p. 832; ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 758; FORTINI, Cristiana. *Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face dos Danos Causados a Terceiros*. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 860-869, p. 867; HIGA, Alberto Shingi. *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*. 324 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 263.

<sup>302</sup> Cf., sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs): DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade Civil...*, p. 838-839.

prestadoras de serviços públicos, para fins de responsabilização. Isto porque, com o credenciamento,<sup>303</sup> por vezes, oportuniza-se justamente a habilitação de particulares para a realização de serviços públicos.<sup>304</sup> Por esta razão, a lei também deve explicitar esta questão.

Contudo, aqui, pode-se questionar: e quanto às pessoas físicas prestadoras de serviços públicos?<sup>305</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em repercussão geral, o RE 842.846/SC, fixou a tese de que “o Estado responde objetivamente pelos atos dos tabeliães registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (...)”.<sup>306</sup> O aresto é importante, neste tópico, na medida em que os notários e registradores podem ser enquadrados, precisamente, como pessoas físicas prestadoras de serviços públicos, desde que considerada a expressão “serviços públicos” em seu sentido amplo.<sup>307</sup> Outrossim, e ao que parece, esta compreensão concernente à responsabilização da atividade notarial e de registro pode ser estendida a todas as demais pessoas físicas exercentes de atividade pública transferida pelo Estado.<sup>308</sup> Assim, e partindo-se da orientação exarada pelo Supremo Tribunal Federal, a obrigação reparatória do Estado seria, aplicando-se o art. 37, § 6º da Constituição Federal, direta e a das pessoas físicas exercentes de serviços públicos regressiva e subjetiva.

<sup>303</sup> De acordo com Adilson Abreu Dallari: “o credenciamento é o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga (...)”. DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 5, p. 1-16, jan./mar. 2006, p. 15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/adilson-abreu-dallari/credenciamento>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

<sup>304</sup> Cf., a esse respeito, o posicionamento de Weida Zancaner: “o credenciamento passou a ser uma forma ágil de repassar atividades materiais do Estado para os particulares. Serviços públicos e serviços sociais como credenciamento de médicos, assistentes sociais, clínicas médicas de assistência especializada às mulheres gestantes, ou de assistência na área de saúde em geral, constituem um tipo de atividade material de caráter técnico que propicia, nos tempos atuais, esse tipo de repasse (...)”. ZANCANER, Weida. *O perfil jurídico do credenciamento*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 787-794, p. 792.

<sup>305</sup> Caso, por exemplo, dos permissionários de serviços públicos. Isto porque, nos termos do art. 2º, IV da Lei nº 8.987/1995: “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

<sup>306</sup> As informações sobre o julgamento podem ser visualizadas em notícia publicada no *site* da Corte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404603>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

<sup>307</sup> Como esclarece Maurício Zockun, a atividade notarial e de registro só pode ser entendida como espécie de serviço público na hipótese de adoção, justamente, de uma concepção ampla do termo. ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional...*, p. 105-106.

<sup>308</sup> Como bem observa Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional...*, p. 185.

No entanto, não se pode concordar com este entendimento. Nota-se que, quanto às pessoas que desempenham atividades públicas transpassadas pelo Estado, a regra constitucional relacionada à responsabilidade trata apenas de pessoas jurídicas.<sup>309</sup> Desta feita, e em que pese a existência de posicionamentos contrários,<sup>310</sup> há que se reconhecer que as pessoas naturais prestadoras de serviços públicos encontram-se excluídas do art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>311</sup> O regime de responsabilidade destas deve ser definido através de lei ordinária específica, o que não impede, inclusive, que seja adotada a mesma sistemática daquela existente para a responsabilidade civil do Estado.

Assim, expostas as pessoas que se submetem ao art. 37, § 6º da Constituição Federal (com a definição do âmbito subjetivo de aplicação da lei, portanto), impõe-se esclarecer a assertiva outrora formulada, de que o Estado, entendido restritamente como pessoa política, poderia ser responsabilizado por atos cometidos pelos agentes dos demais entes abrangidos pela regra constitucional. E, para este ponto, valem-se das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. Consoante realça o autor, o reconhecimento da responsabilidade primária das pessoas jurídicas de Direito público auxiliares do Estado, bem como das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, não exclui a possibilidade de que o ente político seja responsabilizado subsidiariamente. A assertiva baseia-se na afirmação de que não faria sentido o Estado eximir-se da responsabilidade, na hipótese de insolvência das pessoas jurídicas mencionadas, tendo em vista que foi ele quem lhes confiou o desempenho da tarefa.<sup>312</sup>

Por esta razão, relevante que a legislação que cuide da obrigação reparatória extracontratual estatal preveja a responsabilidade subsidiária deste (independentemente de qualquer conduta do ente político), no que se refere aos danos causados pelas demais pessoas abrangidas pelo texto constitucional (no caso das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, apenas quanto aos serviços oferecidos).<sup>313</sup> Todavia, um

<sup>309</sup> Art. 37, § 6º da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos (...)”.

<sup>310</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*..., p. 220. Isto porque, é a natureza do serviço prestado que atrai a incidência do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

<sup>311</sup> Trata-se da opinião de Emerson Gabardo. GABARDO, Emerson. *Responsabilidade objetiva*..., p. 264. Ademais, é este também o posicionamento de Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional*..., p. 186-187.

<sup>312</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso*..., p. 1041. Como esclarece José dos Santos Carvalho Filho, “será subsidiária a responsabilidade quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*..., p. 611.

<sup>313</sup> Como advertido, a responsabilidade destas pessoas, na mesma sistemática daquelas de Direito público, está atrelada apenas aos danos relacionados à prestação dos serviços públicos, o que impõem que a responsabilidade subsidiária do Estado, por consequência, apenas se limite a estas situações. Assim, no caso de prejuízos originados por atuação estranha a prestação dos serviços públicos, a responsabilidade destas pessoas será regida pelo Direito civil, sem qualquer responsabilidade subsidiária automática estatal.



questionamento que se pode colocar, dentro desta problemática, é o seguinte: a despeito da subsidiariedade como regra geral, o Estado (pessoa política) pode ser responsabilizado, em alguma ocasião, de forma solidária?<sup>314</sup>

Discute-se muito, neste ponto, a responsabilidade solidária do Estado com relação às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos. Yussef Said Cahali, apoiado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>315</sup> entende que o dever reparatório estatal pode ser solidário nas hipóteses em que se observe a má escolha do agente para o qual o serviço foi transferido, e também nas situações em que se verifique omissão na fiscalização.<sup>316</sup>

Contudo, uma objeção elementar que pode ser apontada a esta discussão é a de que a responsabilização solidária depende de previsão em lei ou convenção das partes.<sup>317</sup> Por esta razão, no geral, não se poderia cogitar de uma responsabilidade solidária do Estado, em qualquer caso, eis que ausente disposição legal autorizadora. A solidariedade poderia ser visualizada, em contrapartida, apenas em algumas situações trazidas por legislações específicas.<sup>318</sup> Porém, nada obstaria que o diploma legal destinado a circunscrever normas gerais para a responsabilização estatal previsse a solidariedade passiva em seu conteúdo.

Nesta esteira, José dos Santos Carvalho Filho, ainda que referindo-se estritamente às relações com as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, argumenta que a responsabilidade solidária do Estado estaria configurada caso se verificasse que o ente, por intermédio de alguma conduta, concorreu para a prática do ato lesivo.<sup>319</sup> Este, justamente, parece ser o ponto chave para o desencadeamento da responsabilidade solidária do Estado (pessoa política): a contribuição, através de algum comportamento, para a ocorrência do dano. E, em sendo assim, cumpre-se adotar uma posição mais ampliada. Nestes termos, revela-se como prudente que todas as pessoas submetidas ao art. 37, § 6º da Constituição Federal

<sup>314</sup> A responsabilidade solidária configura-se quando existe solidariedade passiva. Esta, de acordo com o art. 275 do Código Civil, significa que “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum”.

<sup>315</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade Civil...*, p. 841.

<sup>316</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 123.

<sup>317</sup> Art. 265 do Código Civil: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

<sup>318</sup> Trata-se da hipótese, por exemplo, e conforme pontua Marcio Pestana, dos danos ambientais. PESTANA, Márcio. *Responsabilidade Civil do Estado por Danos Provocados por Concessionários em Parcerias Público-Privadas*. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 592-605, p. 600. Gustavo Tepedino, por sua vez, cita que a responsabilidade poderá ser solidária, também, no caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 173-197, p. 197.

<sup>319</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 598-599.

(incluindo o próprio Estado) possam ser responsabilizadas solidariamente, umas com as outras, desde que tenham concorrido para o estabelecimento de um mesmo dano.<sup>320</sup>

O que se viu até aqui, portanto, são as pessoas abrangidas pela regra constitucional da responsabilidade, a possibilidade de o Estado (ente político) responder de forma subsidiária em função de danos ocasionados por outros entes e a viabilidade de responsabilização solidária em caso de concorrência para a produção do mesmo prejuízo. Todavia, consoante elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o dano é ocasionado, efetivamente, pelos “agentes” das pessoas encampadas pelo texto constitucional.<sup>321</sup> Assim, e respondendo-se diretamente ao questionamento formulado logo no início deste capítulo, os sujeitos que podem originar a responsabilidade civil do Estado (pessoa política) são seus próprios agentes, e subsidiariamente, os agentes das demais pessoas mencionadas na regra. Ademais, as outras pessoas respondem, pelos atos dos seus indivíduos, de forma direta e nos mesmos moldes da responsabilidade estatal.

E, aí, exsurge como indispensável entender o que deve ser compreendido pelo vocábulo “agente”, insculpido no art. 37, § 6º da Constituição Federal – introduzido, vale dizer, de forma inovadora, tendo em vista que a expressão não era visualizada em textos anteriores.<sup>322</sup>

Com relação ao alcance do termo, este deve ser apreendido, conforme as lições de Irene Patrícia Nohara, como sinônimo de agentes públicos.<sup>323</sup> Assim, em eventual legislação, deve-se explicitar que a noção de “agente”, apreendida da norma constitucional, é ampla.<sup>324</sup> Como exemplo de definição legislativa abrangente, tem-se o art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).<sup>325</sup> A exceção, entretanto, são as pessoas físicas a que tenham sido transferidos serviços públicos (compreendendo-se a locução em uma acepção

<sup>320</sup> Trata-se da mesma ideia trazida pelo art. 942 do Código Civil: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Ademais, esta questão constava no art. 25 do anteprojeto original da lei de responsabilidade civil do Estado, nos seguintes termos: “Aplica-se a responsabilidade solidária entre o Estado e os diferentes co-responsáveis, nas hipóteses de pluralidade de causas e de fato da obra”.

<sup>321</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 865. Falando especificamente do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que: “a relação entre a vontade e a ação do Estado e seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional (...) entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1040.

<sup>322</sup> Como bem lembra Gustavo Tepedino. TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução...*, p. 189.

<sup>323</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 865-866. Sobre cada uma das espécies de agentes públicos, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 510-517.

<sup>324</sup> Como adverte Romeu Felipe Bacellar Filho. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 219.

<sup>325</sup> Art. 2º: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

ampla), uma vez que o texto constitucional, quanto a estes particulares que desempenham atividade pública em nome próprio, fez menção apenas às pessoas jurídicas.

Ademais, outro ponto conexo que merece tratamento explícito, no caso de integração normativa do art. 37, § 6º da Constituição Federal, é o esclarecimento de quando o agente atua “nessa qualidade”.<sup>326</sup> Consoante expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para além de o dano ser ocasionado por agentes das pessoas submetidas à regra constitucional, o texto estabelece a necessidade de que os agentes tenham atuado “nessa qualidade”.<sup>327</sup> Indispensável uma observação: essa investigação é pertinente apenas nos casos em que seja possível identificar o indivíduo motivador do dano, o que não significa que a responsabilidade esteja adstrita apenas a essas situações, tendo em vista que, em determinadas circunstâncias, a individualização da conduta demonstra-se despicienda.<sup>328</sup>

De pronto, um primeiro entendimento que poderia ser colocado é o de que o agente age “nessa qualidade” quando estiver no desempenho de suas funções.<sup>329</sup> Contudo, como bem esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, não deflagram a responsabilidade do Estado (ou das demais pessoas submetidas ao mesmo regime de responsabilização) somente os danos produzidos pelo agente no exercício de sua atividade, mas também aqueles que só puderam ser ocasionados em decorrência de o indivíduo prevalecer-se da condição de agente público. O que interessa, então, não é saber se a conduta praticada estava inserida dentro do campo das competências, mas sim se a qualidade de agente público foi determinante para gerar o dano.<sup>330</sup>

<sup>326</sup> Daniel Wunder Hachem esclarece que, no Direito francês, uma das facetas da teoria da *faute du service* diz respeito à distinção entre *faute de service* (falta não separável das funções do agente público) e *faute personnelle* (falta que pode ser destacada das funções exercidas pelo agente). E, a partir desta perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro, ao fazer menção à atuação do agente “nessa qualidade”, separou expressamente estes dois domínios. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155, p. 1134-1137.

<sup>327</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820. O que se discute, como sublinha Irene Patrícia Nohara, é a abrangência do termo. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 865.

<sup>328</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho, ao tratar da ação de regresso, realça que esta deve ser intentada nos casos em que for possível individualizar o agente. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 219. Ademais, como já dito outrora, e conforme aponta Daniel Wunder Hachem, a teoria da *faute du service*, no Direito francês, aplica-se, como uma de suas facetas, àquelas situações em que é impossível ou inútil identificar o agente, porque o dano foi gerado em decorrência de uma ineficiência do serviço como um todo. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1138.

<sup>329</sup> Como parece ser o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820. Em igual perspectiva, tem-se a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho: “o dano a ser composto pelo Estado deve ter sido causado durante o desempenho pelo agente público de suas atividades”. Vale ponderar que o autor, logo em seguida, adverte que o conceito tem sido ampliado pela jurisprudência. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 219.

<sup>330</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1041-1042.

Consoante bem sintetiza Irene Patrícia Nohara, agir na qualidade significa simplesmente agir como agente público, ainda que, e principalmente, fora do âmbito correto de suas atribuições.<sup>331</sup>

Por esta razão, é relevante que a legislação que cuide da responsabilidade civil do Estado adote esta concepção mais alargada da locução “nessa qualidade”. Com isso, a responsabilização das pessoas abrangidas pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal se constituirá toda a vez que o agente público, ocasionador do dano, tenha praticado o ato utilizando-se do seu *status* jurídico.<sup>332</sup> No entanto, no mais das vezes, a avaliação desta circunstância ficará condicionada à análise do caso concreto.<sup>333</sup>

Em resumo, ressaltou-se que ocasional lei de responsabilidade civil do Estado deve prever que o regime de responsabilidade trazido pela norma constitucional está ligado às pessoas jurídicas de Direito público, independente da atividade desenvolvida, e às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos (entendendo-se serviços públicos em uma perspectiva ampla), naqueles danos que estejam relacionados com o próprio serviço prestado.

Por esta razão, restam-se excluídas do campo de incidência do art. 37, § 6º da Constituição Federal as pessoas jurídicas de Direito privado que desempenhem atividades privadas, como as exercentes de atividade econômica em sentido estrito (tendo em vista que, para fins de responsabilidade, o regime jurídico destas é o do Direito civil). Ademais, as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos abrangidas pela norma constitucional, como visto, são aquelas que possuem algum vínculo jurídico com o Estado. Inclusive, e como salientado, é possível falar de transferência de serviços públicos, ocasionalmente, às pessoas jurídicas de Direito privado sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, e também no caso de entidades particulares credenciadas.

Realçou-se, outrossim, a importância da legislação disciplinar a responsabilidade subsidiária do Estado (entendido aqui como ente político), quando da insuficiência de recursos das demais pessoas abrangidas pelo mesmo regime de responsabilização (no caso das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, a obrigação subsidiária estaria relacionada apenas aos danos decorrentes do serviço desempenhado). Nesta seara, ademais,

---

<sup>331</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 867-868. Segundo a autora, a concepção mais abrangente é mais adequada, na medida em que inclusive abarca as situações em que o agente extrapola os limites de sua competência.

<sup>332</sup> Neste sentido: BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. *Responsabilidade Extracontratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 72.

<sup>333</sup> São interessantes, entre outros, os seguintes arestos do Supremo Tribunal Federal: RE 363423, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 16/11/2004, DJe 13/03/2008; ARE 644395 AgR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 19/10/2011.

também se demonstrou a relevância de que a lei explicita a possibilidade de responsabilização solidária entre todas as pessoas, caso haja concorrência para a geração de um mesmo dano.

No mais, destacou-se ainda a necessidade de que a legislação que cuide da responsabilização extracontratual disponha que a noção de agente, apreendida a partir da regra da Constituição, é ampla (excepcionando-se apenas as pessoas físicas a quem tenham sido transferidos serviços públicos), e que o termo “nessa qualidade” também deve ser compreendido a partir de uma concepção elastecida – e não como sinônimo de efetivo exercício das funções.

Ao final, e conforme apontado anteriormente,<sup>334</sup> apresenta-se como essencial realizar um rápido cotejo entre as conclusões obtidas e as soluções legislativas trazidas tanto pelo Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 412/2011, como pelo Substitutivo já apresentado no Senado Federal,<sup>335</sup> tendo em vista a possibilidade de que estas venham a ser oportunamente convertidas em lei.

Com relação às pessoas abrangidas pela regra do art. 37, § 6º da Constituição Federal, ambos os textos excluem acertadamente as pessoas jurídicas de Direito privado exercentes de atividade econômica em sentido estrito,<sup>336</sup> e explicitam a essencialidade de que as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos possuam algum vínculo jurídico com o Estado.<sup>337</sup> Contudo, em nenhuma das propostas ressalva-se o fato de que o regime jurídico de responsabilização previsto pelo dispositivo constitucional é aplicável às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos apenas no que se refere ao serviço praticado. Para além disso, não se verifica, nas proposições, menção à possibilidade de que serviços públicos sejam transferidos, inclusive, às pessoas jurídicas de Direito privado sem fins lucrativos (integrantes do terceiro setor) e às entidades credenciadas.

Ademais, com relação à responsabilização subsidiária do Estado, as duas propostas restringem tão somente às situações envolvendo as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos (quando os danos forem relacionados com o serviço).<sup>338</sup> No entanto, como se viu, e na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a subsidiariedade também deve ser estendida às demais pessoas jurídicas de Direito público auxiliares do Estado.<sup>339</sup> Paralelamente, no que tange à possibilidade de responsabilização

<sup>334</sup> Cf. o prólogo. O comparativo com as propostas será realizado em todos os capítulos desta parte II, e nos três primeiros capítulos da parte III.

<sup>335</sup> Como já se alertou, as propostas foram anexadas ao trabalho (cf. anexos).

<sup>336</sup> Art. 1º, § 4º do PL nº 412/2011; art. 1º, § 3º do Substitutivo.

<sup>337</sup> Art. 1º, IV em ambos.

<sup>338</sup> Art. 1º, § 3º do PL nº 412/2011; art. 1º, § 4º do Substitutivo.

<sup>339</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1041.



solidária entre o Estado e as demais pessoas (e entre estas entre si), caso concorram para a ocorrência de um mesmo dano, nota-se que inexistente qualquer previsão neste sentido nos dois textos.

Ainda, quanto à noção de agente, o projeto da Câmara nada dispõe a respeito, enquanto o Substitutivo do Senado apresenta um conceito acertadamente abrangente.<sup>340</sup> O termo “nessa qualidade”, por sua vez, é encarado de forma restrita pela proposta da Câmara, e de forma ampla – e correta – pelo texto do Senado.<sup>341</sup>

---

<sup>340</sup> Art. 4º, § 1º.

<sup>341</sup> Art. 3º, II do PL nº 412/2011; art. 4º, I e II do Substitutivo.

## Capítulo 2 – Quais são os caracteres da conduta lesiva para ensejar a responsabilidade civil do Estado?

A segunda questão capital, anteriormente enunciada,<sup>342</sup> relaciona-se com a definição dos caracteres necessários à conduta para que se possa originar a responsabilidade civil do Estado. O que se investiga, fundamentalmente, é em que contexto a obrigação reparatória prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal caracteriza-se como objetiva ou subjetiva. Rememorando-se, a diferença entre os dois regimes reside no fato de que, na responsabilidade objetiva, não há qualquer discussão a respeito da presença do elemento subjetivo na conduta.<sup>343</sup> Já na responsabilidade dita subjetiva, o comportamento só ensejará o dever de reparar caso seja praticado com culpa (ainda que não individualizada) ou dolo. Relevante mencionar, outrossim que é justamente a fixação do regime, se objetivo ou subjetivo, que permite a elucidação dos pressupostos necessários à responsabilização.

Indispensável realçar que, neste ponto, o foco é a responsabilidade das pessoas jurídicas, que respondem pelos danos ocasionados por seus agentes, e não a do agente em si.<sup>344</sup> No mais, e como não haveria de ser diferente, a discussão aproveita-se a todos os entes abrangidos pela regra constitucional, e não necessariamente identificados com a figura do Estado em sentido estrito (pessoa política). Ainda, quanto a este último, vale lembrar que as observações aqui expendidas são aplicáveis aos comportamentos positivos ou negativos decorrentes, para além da função administrativa, do exercício das funções legislativa e judicial.<sup>345</sup> Feitas estas observações, torna-se relevante salientar como o tema deveria ser tratado por eventual lei nacional destinada a disciplinar normas gerais e aspectos processuais sobre a responsabilidade civil do Estado (em complementação ao art. 37, § 6º da Constituição Federal).

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que a investigação dos caracteres da conduta deflagradores da responsabilidade deve ser realizada observando-se três situações distintas: as hipóteses de ação, as omissões e, também, as circunstâncias em que a atividade estatal apenas cria a situação propiciatória do dano (inexistindo, contudo, um prejuízo

<sup>342</sup> Cf. capítulo 4 da parte I.

<sup>343</sup> Conforme as lições de Emerson Gabardo, em verdade, este traço distintivo é considerado há muito tempo tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Todavia, o que se pode observar, em alguns contextos, é que os intérpretes extraem efeitos equivocados dessa categorização, confundindo a investigação do elemento subjetivo (culpa ou dolo), com a própria análise da conduta (ação ou omissão). GABARDO. Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado..., p. 265.

<sup>344</sup> A responsabilidade do agente será melhor examinada no capítulo 1 da parte III.

<sup>345</sup> As particularidades da responsabilidade estatal decorrente da função legislativa e judicial serão analisadas na parte III (capítulos 2 e 3, respectivamente).

decorrente diretamente de um comportamento do Estado).<sup>346</sup> Em princípio, então, eventual lei nacional sobre a responsabilidade extracontratual estatal teria de se ocupar, para fins de avaliar a objetividade ou não da responsabilidade, destas três conjunturas. Ocorre que, aparentemente, existe uma impropriedade em se alçar a situação propiciatória do dano, ao lado da ação e da omissão, como uma terceira situação distinta de responsabilização do Estado.

Para tanto, cumpre-se apontar, em um primeiro momento, em que consiste efetivamente a situação propiciatória do dano. Na síntese de Paulo Modesto, nestes casos, o Estado poderia ser responsabilizado quando houvesse assumido com as suas atividades algum risco, e o prejuízo derivasse justamente da assunção deste risco.<sup>347</sup> Conforme argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello, o caso tradicional desta hipótese seria aquele decorrente da guarda, pelo Estado, de coisas e pessoas perigosas, que impõe a imprescindibilidade da reparação a despeito da perquirição de qualquer conduta do Estado.<sup>348</sup> Assim, basta que a lesão esteja correlacionada com o risco suscitado pela atividade.<sup>349</sup> Vale dizer, contudo, que esta hipótese é utilizada também para fundamentar a obrigação de composição em outros contextos, ainda que não relacionados efetivamente com uma ameaça real de perigo.<sup>350</sup>

No entanto, torna-se imperioso apontar que a responsabilidade extracontratual do Estado deve pressupor uma conduta, comissiva ou omissiva, que produza concretamente um dano a terceiro.<sup>351</sup> Por esta razão, não se pode admitir a responsabilização civil do Estado apenas por situações propiciadas (e que exponham terceiros a risco). O que acontece é que, nestes cenários, como bem aponta Luciano Ferraz, em virtude das circunstâncias fáticas proporcionadas pela atividade estatal, verifica-se a origem de um dever concreto de atuação do

<sup>346</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1042-1043. Da mesma forma, cf.: GABARDO. Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado ..., p. 269-270.

<sup>347</sup> MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002, p. 300.

<sup>348</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1050.

<sup>349</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma o seguinte: “uma vez que a sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontram sob custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos em decorrência desta situação de risco e por força da proximidade de tais locais ensejarão a responsabilidade objetiva do Estado”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1050-1051. Conforme se observa, a responsabilização nestes casos demanda a presença do requisito da proximidade com a fonte de risco.

<sup>350</sup> Emerson Gabardo cita o caso em que menor, aluno de escola pública, fere o seu colega com uma caneta. *In*: GABARDO. Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado ..., p. 270. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, apresenta o exemplo do acidente de trânsito causado por semáforo que acende de forma concomitante para ambos os lados de um cruzamento. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1052.

<sup>351</sup> Como pondera Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1392.

Estado – o que impõe, por isso, que este aja de modo a evitar o prejuízo.<sup>352</sup> Trata-se, portanto, de responsabilidade por omissão, que deve seguir o sistema de responsabilização desta modalidade.<sup>353</sup> Interessante apontar, contudo, que em algumas situações específicas este dever de atuação, a depender do entendimento, pode até mesmo inadmitir excludentes.<sup>354</sup>

Desta forma, a lei que pretenda cuidar da responsabilidade extracontratual estatal deverá explicitar os caracteres do comportamento dentro destes dois campos: ação e omissão. Como já adiantado em momento anterior,<sup>355</sup> o tema da inércia do Estado enseja muitas controvérsias, caracterizando-se como um dos assuntos mais polêmicos dentro da matéria.<sup>356</sup> Por isso, a abordagem inicia-se pelas condutas comissivas.

Nesta esteira, no que se refere aos danos gerados por ação, consoante bem pontua Emerson Gabardo, não se denota no Brasil uma divergência substancial.<sup>357</sup> Como explicitado outrora,<sup>358</sup> neste ponto entende-se, majoritariamente,<sup>359</sup> que a responsabilidade do Estado é objetiva.<sup>360</sup> Por este motivo, os pressupostos para a responsabilização seriam, como bem pontua José dos Santos Carvalho Filho, somente três: i) a conduta (no caso da responsabilidade por

<sup>352</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-225, p. 217. Trata-se de uma espécie de dever de ingerência, similar àquele insculpido no art. 13, § 2º, alínea “c” do Código Penal.

<sup>353</sup> Em sentido contrário, anote-se a opinião de Emerson Gabardo. Segundo o autor: “nem argumente-se, aqui, acerca do descumprimento de um dever geral de cautela, pois é possível inferir situações em que não haveria possibilidade do Estado adotar qualquer cautela que impedisse o dano (como no caso do terremoto que atinge depósito de munição). Ou, também, no caso em que um menor, aluno de escola pública, fere o seu colega com a caneta”. GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado..., p. 270. Paulo Modesto, contudo, ressalta a dificuldade em se distinguir os casos de situações apenas propiciadas pelo Estado de eventos danosos envolvendo omissões estatais. MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado ..., p. 304 (ver nota 18).

<sup>354</sup> É o caso, por exemplo, dos danos nucleares, para aqueles que entendem que nestas circunstâncias a responsabilidade inadmita qualquer excludente. Neste sentido, cf., como exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820-821. Em sentido contrário, veja-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A responsabilidade civil e ambiental em atividades nucleares. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 65-107, jan./abr. 2016, p. 75-76.

<sup>355</sup> Cf. capítulo 1 da parte I.

<sup>356</sup> Conforme bem pontua Irene Patrícia Nohara. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo...*, p. 875. No mesmo sentido: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1131.

<sup>357</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado..., p. 266.

<sup>358</sup> Cf. capítulo 1 da parte I.

<sup>359</sup> Importante anotar a posição de Marçal Justen Filho. Para o autor, a atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência (não equivalente àquele que recai sobre os indivíduos em geral). Assim, não seria lógico sustentar que a responsabilidade do Estado é objetiva para as condutas ativas. Nestes casos, assim como nas omissões, haveria a existência de um elemento subjetivo, submetido, contudo, a um regime especial. Desta feita, na “atuação comissiva, o dever de diligência especial impõe ao agente a adoção de cautelas muito severas, visando precisamente a evitar a produção de lesão a terceiros. Portanto, quando a atuação comissiva do agente estatal produz o dano a terceiro, presume-se a presença de um elemento subjetivo defeituoso. O agente produziu o dano porque houve defeito na formação de sua vontade”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1401-1402.

<sup>360</sup> Por todos, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1043.

ação, um comportamento positivo); ii) o dano; iii) o nexo de causalidade entre a ação e o prejuízo.<sup>361</sup>

Ressalta-se que Ricardo Marcondes Martins assevera que, ao lado dos caracteres supramencionados, a responsabilidade objetiva por ação também possuiria um quarto pressuposto, independente dos demais: a imputação objetiva.<sup>362</sup> Contudo, como elucida Maurício Zockun, a imputação não se trata de um quarto elemento autônomo, devendo ser apreendida, antes de tudo, como uma forma especial de causalidade.<sup>363</sup>

Com relação à responsabilidade por ação, convém ressaltar ainda que o dever reparatório objetivo pode originar-se tanto de comportamentos ativos ilícitos quanto lícitos.<sup>364</sup> Ocorre que, apesar de inúmeros posicionamentos favoráveis,<sup>365</sup> a responsabilidade por atos lícitos ainda encontra objeções. Para Marçal Justen Filho, por exemplo, o dever reparatório demandaria sempre a configuração de uma ilicitude.<sup>366</sup> No entanto, fundamental frisar que a licitude ou ilicitude da ação, para fins de responsabilidade, é irrelevante. Isto porque, mesmo

<sup>361</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 601-602. Os pressupostos são elencados pelo autor no contexto da responsabilidade civil do Estado no exercício da função administrativa, mas nada impede que eles sejam extensíveis, dentro de um regime geral, aos danos causados por atividades legislativas e judiciais.

<sup>362</sup> Segundo o autor, atualmente, tornou-se inquestionável que a responsabilidade extracontratual estatal por ação não possui como pressupostos apenas a conduta, o dano e o nexo causal. Paralelamente a estes, a imputação objetiva apresenta-se como um pressuposto autônomo de responsabilização. MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexo Causal e Imputação Objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 361-390, p. 377-378.

<sup>363</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98-99 (cf. nota 59). O tema será enfrentado de forma mais detalhada no capítulo destinado ao nexo de causalidade (capítulo 4 desta parte II).

<sup>364</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello tipifica diferentes tipos de situações. Com relação às condutas lícitas, destaca que os danos podem originar-se de atos jurídicos (como o fechamento definitivo do perímetro central de uma cidade a veículos automotores, que pode implicar em prejuízos a estacionamentos) e materiais (o nivelamento de uma determinada rua que pode trazer como resultado o desnível de algumas casas, causando desvalorização). Ainda, os prejuízos também podem originar-se de condutas ilícitas jurídicas (decisão de apreender, sem a realização de um procedimento adequado, jornais ou revistas) e materiais (espancamento de um prisioneiro). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1044-1045.

<sup>365</sup> Enumera-se aqui, apenas como exemplo: ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 67; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820-821; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 603; GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado..., p. 267.

<sup>366</sup> Consoante o mencionado autor, é indispensável grande cautela quanto à possibilidade de responsabilizar o Estado por danos ocasionados por atos lícitos. Nesta esteira, salvo soluções legislativas explícitas em sentido contrário, o Estado só pode ser obrigado a reparar prejuízos quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1398. Convém frisar que o termo “antijurídica” está empregado, neste excerto, como sinônimo de “ilícita”.



uma conduta legítima pode revelar-se antijurídica,<sup>367</sup> caso ocasione um dano anormal e específico a terceiros – o que acarreta, portanto, o dever de reparar.<sup>368</sup>

Assim, no que diz respeito ao campo das ações, as questões que devem ser explicitadas em lei que cuide da responsabilidade civil do Estado são as seguintes: i) a responsabilidade é objetiva (possuindo como caracteres a conduta ativa, o dano e o nexo de causalidade) ; ii) a obrigação pode originar-se tanto de ações ilícitas como lícitas.<sup>369</sup> Agora, necessária a investigação no terreno intrincado das omissões estatais.

Antes de se adentrar na discussão, propriamente dita, de quais são os caracteres ensejadores da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas, torna-se importante desenvolver alguns pontos iniciais.

O primeiro deles é o de que o comportamento omissivo pressupõe o descumprimento, por parte do Estado, de um dever concreto (ou específico) de ação,<sup>370</sup> inexistindo omissões lícitas.<sup>371</sup> Por esta razão, revela-se importante a distinção entre as denominadas “omissões genéricas” e “omissões específicas”.<sup>372</sup> Contudo, ao contrário do que argumenta Sérgio Cavalieri Filho, a diferenciação não é relevante para definir o regime de responsabilização estatal em cada uma das situações,<sup>373</sup> mas sim para se concluir que o Estado não deve ser responsabilizado simplesmente pela ausência de cumprimento de uma obrigação genérica de atuação.<sup>374</sup>

<sup>367</sup> Conforme demonstrado na parte introdutória deste trabalho.

<sup>368</sup> Nos termos das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Para ela, “ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820-821.

<sup>369</sup> Sobre a diferença entre a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e o sacrifício de direitos, cf. a introdução.

<sup>370</sup> Como aponta Daniel Wunder Hachem. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1148.

<sup>371</sup> Como exemplo, cf.: GABARDO. Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado..., p. 266; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1045.

<sup>372</sup> Terminologia utilizada por, entre outros, Sérgio Cavalieri Filho. CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul./set. 2011. Nas omissões específicas, pode-se identificar um dever concreto de agir do Estado. Já nas omissões genéricas, não se identifica um dever individualizado de agir.

<sup>373</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Civil..., p. 16-18.

<sup>374</sup> Convém esclarecer, contudo, que as situações apresentadas por Sérgio Cavalieri Filho como exemplos de omissões genéricas, tratam-se, em verdade, de omissões específicas. Cf.: i) indivíduo de 14 anos que, após adentrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou “de cabeça” em água rasas, ficando tetraplégico – a omissão, aqui, é específica, pois se trata de situação fática proporcionada pelo próprio Estado, que ao cobrar ingresso para a utilização do balneário, assumiu a responsabilidade pela segurança dos frequentadores; ii) queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto e em péssimo estado de conservação – novamente, omissão específica, decorrente do dever de conservação das vias públicas; iii) estupro cometido por fugitivo contumaz – outra vez, existe o dever individualizado de agir, decorrente da guarda de pessoas perigosas; iv) poste de ferro com semáforo que caiu em cima de pessoa, em virtude da má conservação do bem – outro caso de dever concreto de agir, em virtude da imprescindibilidade de manutenção. CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Civil..., p. 16-18.

Nesta esteira, e como bem adverte Luciano Ferraz, o Estado não pode ser responsabilizado por omissão em decorrência de um dever abstrato de agir, mas apenas em razão de sua inércia no cumprimento de uma obrigação individualizada. O dever concreto, por sua vez, decorre: i) de norma jurídica que fixe termo ou que demande do Estado ação; ii) da ciência da imprescindibilidade de realização de determinada conduta; iii) de circunstâncias fáticas propiciadas pelo próprio Estado, que exijam que este aja para evitar potenciais danos.<sup>375</sup>

O segundo dos pontos é o de que a omissão não está relacionada, tão somente, com o descumprimento de um dever de obstar uma atividade externa.<sup>376</sup> Como bem defende Weida Zancaner, independente de um fator extrínseco, a omissão pode vir a ser causa eficiente de um prejuízo.<sup>377</sup> Desta forma, o dever concreto de atuação estatal nem sempre é o de obstar ato de terceiro ou fato exterior, como na hipótese em que o Estado deixa de cumprir um mandamento constitucional concreto, situação em que o comportamento omissivo, por si só, pode ocasionar prejuízos.<sup>378</sup>

Por fim, o terceiro ponto crucial diz respeito à indispensável constatação de que nem todo comportamento ineficiente do Estado é decorrente de condutas omissivas.<sup>379</sup> Neste viés, Celso Antônio Bandeira de Mello aparenta sustentar que a omissão estatal estaria presente todas as vezes em que o Estado não agiu, ou comportou-se de maneira ineficiente.<sup>380</sup> Entretanto, na esteira dos ensinamentos de Emerson Gabardo, convém ponderar que nem todo comportamento ineficiente é realizado por omissão. Desta forma, quando a ação é diferente daquela entendida como adequada, ou mesmo quando a atuação é tardia, não estão presentes as características da

<sup>375</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado..., p. 217. O autor aponta exemplos de cada uma destas situações.

<sup>376</sup> Neste sentido, cf. por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1049-1050.

<sup>377</sup> ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 62. Da mesma maneira: HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1150; GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva ..., p. 278-281.

<sup>378</sup> Como aponta Emerson Gabardo. O autor adota o exemplo do art. 37, X da Constituição Federal, que assegura a revisão geral anual. Vale dizer que a análise da responsabilização estatal por omissão, neste caso, está sendo debatida no RE 565.089/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva ..., p. 280.

<sup>379</sup> Sobre o princípio da eficiência administrativa, cf.: GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

<sup>380</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1046.

inércia do Estado.<sup>381</sup> A responsabilidade, nestes casos, segue a sistemática da obrigação reparatória por ação.

Feitas estas considerações, cumpre-se enfrentar a problemática relacionada aos caracteres indispensáveis à conduta na hipótese da responsabilidade extracontratual do Estado por omissão. Como visto em momento pretérito,<sup>382</sup> o grande debate dirige-se em se analisar se a obrigação reparatória, nestes casos, é objetiva (nos mesmos moldes das condutas comissivas), ou subjetiva (em que, para além dos requisitos da responsabilidade objetiva, torna-se indispensável à perquirição da existência de dolo ou culpa, ainda que não individualizada).<sup>383</sup>

Nessa linha, a responsabilidade por omissão é objetiva quando, para que o Estado seja responsabilizado, torna-se suficiente a presença dos seguintes elementos: i) descumprimento de um dever concreto de agir; ii) dano; iii) nexo de causalidade.<sup>384</sup> É importante ressaltar que o descumprimento de um dever efetivo de atuação não implica necessariamente em uma inação,

---

<sup>381</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva..., p. 284-285. De acordo com Emerson Gabardo e Daniel Hachem, o Estado será ineficiente quando seu comportamento for: (i) omissor, por descumprir um dever de agir; (ii) moroso, por não observar o dever de celeridade; (iii) exacerbadamente formalista, por impedir uma conduta ágil e fluida; (iv) perdulário, por ignorar o dever de otimização dos recursos; (v) improdutivo, por violar o dever de realização dos objetivos previstos pela lei para o alcance efetivo do interesse público. Apenas na primeira hipótese verifica-se a omissão. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, Faute du Service e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 239-292, p. 283.

<sup>382</sup> Cf. capítulo 1 da parte I.

<sup>383</sup> Juliana Portes David, em estudo monográfico orientado por Daniel Wunder Hachem, identificou qual a concepção de vários autores a respeito do regime de responsabilização do Estado nas hipóteses de omissão. Assim, a responsabilidade seria subjetiva para, entre outros: Celso Antônio Bandeira de Mello, Cláudio Brandão de Oliveira, Diógenes Gasparini, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Cretella Júnior, José dos Santos Carvalho Filho, Lúcia Valle Figueiredo, Maria Helena Diniz, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Renan Miguel Saad, Rui Stocco, Yussef Said Cahali. Outrossim, seriam adeptos da corrente objetiva, dentre outros nomes: Alexandre de Moraes, Cáo Mário da Silva Pereira, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Edmir Netto de Araújo, Fabiano André de Souza Mendonça, Flávio de Araújo Willeman, Gustavo Tepedino, Helena Elias Pinto, Hely Lopes Meirelles, José de Aguiar Dias, Juarez Freitas, Maria Emilia Mendes de Alcântara, Odete Medauar, Romeu Felipe Bacellar Filho, Toshio Mukai. No mais, a autora também menciona um terceiro entendimento, denominado de corrente mista, cujos expoentes seriam Sérgio Cavalieri Filho e Guilherme Couto de Castro, em que a responsabilidade poderia ser subjetiva (para as omissões genéricas) e objetiva (para as omissões específicas). DAVID, Juliana Portes. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por Omissão: uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 44-45. Contudo, como ressaltado, a responsabilização do Estado deve originar-se sempre do descumprimento de um dever concreto de agir (específico), não havendo que se falar em omissões genéricas.

<sup>384</sup> Por todos, cf.: HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1148-1153.

no mínimo, negligente (culposa, portanto).<sup>385</sup> A perquirição do dever de agir é realizada objetivamente, bastando-se, para isso, a identificação da fonte da obrigação concreta de atuar.<sup>386</sup>

Já a responsabilidade subjetiva, para as hipóteses de omissão, é tradicionalmente sustentada com base na teoria francesa da *faute du service*.<sup>387</sup> Mais especificamente, com supedâneo naquela faceta da mencionada teoria em que se permite a imputação de responsabilidade diretamente ao serviço, em razão do fato da busca efetiva pela identificação do agente responsável pelo dano ser, na prática, inútil ou impossível.<sup>388</sup> Dentro desta concepção, e consoante já se aventou em momento anterior,<sup>389</sup> a responsabilidade desvincula-se da ideia de um agir doloso ou culposos do agente público, para fazer recair a obrigação reparatória sobre a própria estrutura estatal, que não funcionou, funcionou mal, ou funcionou com atraso, ocasionando prejuízos.<sup>390</sup>

No entanto, utilizar a teoria francesa da *faute du service* como fundamento para a responsabilidade subjetiva por omissão, ao que tudo indica, traz consigo ao menos dois problemas. O primeiro deles é o de que esta ideia de *faute du service* como um funcionamento defeituoso do serviço está intimamente imbricada com a noção de eficiência.<sup>391</sup> No entanto, como se viu, nem todo comportamento ineficiente do Estado é omissivo – o que já demonstra o equívoco de sua adoção apenas para as hipóteses de inércia. Ademais, subsiste discussão doutrinária a respeito da caracterização da teoria da *faute du service* verdadeiramente como

<sup>385</sup> Consoante elucida Igor Volpato Bedone, a omissão é uma modalidade de conduta, ao passo que a negligência é uma forma pela qual a culpa pode se revestir. Desta feita, a omissão possuiria uma fenomenologia muito mais ampla do que a negligência: nem toda a omissão é, portanto, negligência. Esta última, assim, implica em uma análise precedente à inércia em si: é necessário que se avalie se foram tomadas todas as cautelas necessárias para impedir a ocorrência do dano. BEDONE, Igor Volpato. *Imputação de danos na omissão estatal*. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 119-122. Igualmente, destacando a ausência de coincidência entre omissão e culpa, cf.: GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva..., p. 282.

<sup>386</sup> BEDONE, Igor Volpato. *Imputação...*, p. 122.

<sup>387</sup> Cf., como exemplo: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 487; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1045-1050.

<sup>388</sup> Sobre as duas facetas da teoria da *faute du service*, cf.: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1134-1138.

<sup>389</sup> Cf. capítulo 1 da parte I.

<sup>390</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito Administrativo...*, p. 214.

<sup>391</sup> Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem explicitam a existência de uma conexão entre a teoria da *faute du service* e a ideia da ineficiência do Estado como geradora de danos a terceiros. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado..., p. 269.

uma teoria de responsabilidade subjetiva.<sup>392</sup> Por esta razão, a análise direciona-se, a despeito da fundamentação, para a identificação de como se constrói a responsabilidade civil estatal por omissão para aqueles que a defendem como subjetiva.

O argumento chave para se entender a compreensão da corrente subjetiva da responsabilidade omissiva estatal é o de que a omissão, para esta vertente, não se qualifica simplesmente pelo descumprimento de um dever concreto de agir (como acontece para aqueles que sustentam a ideia da responsabilidade objetiva).<sup>393</sup> A omissão, nestes casos, engloba não só a não observação de um dever efetivo de atuação, como, também, a possibilidade do Estado agir naquela situação específica.<sup>394</sup> Veja-se que não se trata da identificação de um quarto pressuposto para a responsabilização por inércia do Estado,<sup>395</sup> mas sim de considerar que a própria ideia de omissão pressupõe, para além do descumprimento de um dever concreto de agir, a possibilidade de evitar o prejuízo através de um comportamento estatal diligente.<sup>396</sup>

Partindo-se desta observação, e entendendo-se a omissão como o descumprimento de um dever concreto de atuação, quando o Estado detinha a possibilidade de agir, torna-se mais clara a identificação da característica da subjetividade. Isto porque, conforme elucida Daniel

<sup>392</sup> Como bem elucida Romeu Felipe Bacellar Filho, “a expressão, traduzida do francês, tanto pode significar falta do serviço como erro ou culpa do serviço. O entendimento de que *faute* significa falta pode outorgar feição objetiva à teoria. Em contraposição, se traduzida a expressão por erro ou culpa a responsabilização pode assumir cunho subjetivo”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 214 (nota 53). Para Daniel Wunder Hachem, *faute* poderia ser traduzida mais corretamente como “falta”, mas não no sentido de ausência, e sim com base na ideia de infração. HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1139-1143. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, *faute du service* significa culpa do serviço. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1035-1038.

<sup>393</sup> Como bem pontua Juliana Portes David, “o ponto central para caracterizar tal teoria está no sentido atribuído ao conceito de “dever legal de agir”. DAVID, Juliana Portes. *Responsabilidade Extracontratual...*, p. 32.

<sup>394</sup> Trata-se de construção idêntica à qualificação do comportamento omissivo trazido pelo Código Penal. Neste sentido, cf. art. 13 § 2º do mencionado *Codex*: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. É o que se pode depreender claramente, dos ensinamos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Segundo a autora, a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva exige o dever e a possibilidade de agir. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 824-825. O entendimento pode ser extraído, também, da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para ele, a omissão depende da existência de uma obrigação de evitar o dano, “obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante a atuação diligente”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1045.

<sup>395</sup> Consoante as lições de Daniel Wunder Hachem: “(...) a doutrina, especialmente na Espanha e na Argentina, tem o hábito de adicionar um quarto requisito para a configuração da responsabilidade nos casos de omissão: (d) a possibilidade material de agir. Para essa corrente, o Estado deve gozar de condições necessárias – financeiras, jurídicas, fáticas – para cumprir adequadamente o dever emanado do sistema normativo; do contrário, não poderá ser responsabilizado”. HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1152.

<sup>396</sup> Este entendimento pode ser depreendido de acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal. Colaciona-se aqui, no que interessa, a ementa do julgado: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. (RE 841526, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, DJe 29/07/2016)”. Impõe-se anotar, aqui, que apesar do entendimento de que a omissão exigiria a presença do binômio dever de atuação e possibilidade de agir, a responsabilidade foi equivocadamente caracterizada como objetiva.

Wunder Hachem, investigar se o Estado poderia ter agido, ou seja, se dispunha de condições financeiras e fáticas para atuar, significa avaliar realmente se este possui, ou não, culpa pelo dano.<sup>397</sup> Em síntese, se era possível ao Estado agir, e este se omitiu, nota-se que o seu comportamento operou-se, no mínimo, com negligência (sendo culposos, portanto).

Isto permite apreender, inclusive, a noção de presunção de culpa, defendida pela corrente da responsabilização subjetiva do Estado por omissão.<sup>398</sup> Nesta esteira, costuma-se sustentar que subsiste, em desfavor do ente estatal, uma presunção relativa de culpa em casos de inércia. Como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cabe ao Estado, nestas situações, demonstrar que agiu com diligência, utilizando-se dos meios adequados e disponíveis e que, se descumpriu com um dever de atuação, é porque este agir estaria para além de suas possibilidades.<sup>399</sup> O que se vê, portanto, é que a presunção de culpa recai justamente sobre a questão da possibilidade de agir. Supõe-se, assim, que era plenamente possível a atuação do Estado. Contudo, se este demonstrar que o comportamento era irrealizável, a responsabilidade resta-se elidida.

Em resumo, para a teoria da responsabilidade subjetiva por omissão, a responsabilização abarca os seguintes pressupostos: i) a conduta omissiva, sendo que esta, por sua vez, demanda: i.1) o descumprimento de um dever concreto de atuação; i.2) a possibilidade de agir (requisito em que se discute a presença do elemento subjetivo); ii) o dano; iii) o nexo de causalidade.

Por evidência, a opção clara pelo regime de responsabilidade objetivo ou subjetivo, no caso das inércias estatais, é crucial para uma lei que cuide da responsabilidade civil do Estado, disciplinando normas gerais a respeito do tema. Contudo, cumpre-se anotar que, em abstrato, não se pode apontar qual a teoria é a mais correta, uma vez que ambas apresentam fundamentos relevantes.<sup>400</sup>

A definição deve ter obrigatoriamente como substrato o art. 37, § 6º da Constituição Federal, tendo em vista que este é o fundamento normativo último da responsabilidade extracontratual do Estado no Brasil (e, não por outro motivo, o dispositivo que se pretende complementar legislativamente). E, a partir disso, compete ressaltar que o texto constitucional

<sup>397</sup> HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1152.

<sup>398</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1049; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 825.

<sup>399</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 825.

<sup>400</sup> A afirmação é de Andréia Schuta. SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 36, p. 75-122, abr./jun. 2009, p. 121.



não faz qualquer distinção entre condutas comissivas e omissivas.<sup>401</sup> Por esta razão, o regime de responsabilidade deve ser o mesmo, tanto para os comportamentos ativos, como para os casos de inércia do Estado: a responsabilidade objetiva.

É comum argumentar-se que o dispositivo constitucional estaria relacionado tão somente com os danos decorrentes de ação, não abarcando as hipóteses de omissão. A justificativa é a de que o texto se utiliza do verbo “causar”, que está imbricado apenas com as condutas ativas – já que as omissões não causariam diretamente prejuízos, uma vez que se ligariam invariavelmente ao dever de obstar uma atividade externa.<sup>402</sup> Ocorre que, como já se argumentou, o Estado pode qualificar-se como inerte independentemente de qualquer ato de terceiro ou fato da natureza não evitado.<sup>403</sup> Ademais, como se detalhará, é perfeitamente possível sustentar a causalidade decorrente de comportamentos omissivos.<sup>404</sup>

Em síntese, o que se viu foi que a responsabilidade extracontratual do Estado deve fundamentar-se em uma conduta estatal, comissiva ou omissiva, que produza concretamente um dano à terceiro (não havendo que se cogitar, como categoria autônoma, de situações que apenas propiciem prejuízos). No mais, com relação especificamente às ações, ressaltou-se a necessidade de que a lei de responsabilidade preveja que a obrigação reparatória, nestes casos, é objetiva (possuindo como caracteres a conduta ativa, o dano e o nexo de causalidade), podendo originar-se tanto de comportamentos ilícitos, como de ações lícitas.

No mais, no que concerne particularmente às omissões estatais, destacou-se que a legislação que cuide da responsabilização deve adotar, também, a responsabilidade objetiva para estas situações. Contudo, diferentemente do que ocorre com as condutas ativas, a obrigação reparatória nos casos de omissão é, em decorrência da própria natureza desta, sempre proveniente de comportamento ilícito. Por esta razão, o dever reparatório, nestas hipóteses, dependeria do preenchimento dos seguintes pressupostos: inércia derivada do descumprimento de um dever concreto de agir (imposto por norma jurídica, derivado da ciência da imprescindibilidade de realização de determinada conduta ou de circunstâncias fáticas propiciadas), dano e nexo de causalidade. Neste sentido, para se evitarem controvérsias, torna-

---

<sup>401</sup> Neste sentido, cf., entre outros: FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197, p. 182; HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1147; TEPEDINO, Gustavo. A Evolução..., p. 191.

<sup>402</sup> O argumento é citado por Irene Patrícia Nohara. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 878. Como exemplo de autor partidário da tese, cf., por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 609.

<sup>403</sup> Cf. novamente, e por todos: GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva ..., p. 278-281.

<sup>404</sup> Cf. capítulo 4 desta parte II.

se prudente que se saliente que a possibilidade de agir não integra a noção de omissão – a fim de se afastar a perquirição indevida de um elemento subjetivo.<sup>405</sup>

Cumpre-se, ao final, realizar rapidamente o paralelo destas conclusões com as proposições da Câmara dos Deputados e do Senado Federal,<sup>406</sup> a fim de se examinarem as propostas.

Analisando-se, primeiramente, a proposta legislativa da Câmara, nota-se que o projeto assenta acertadamente que a responsabilidade presume a existência de uma conduta estatal (ação ou omissão), ainda que não a preveja explicitamente como pressuposto do dever de reparação.<sup>407</sup> Ademais, no que se refere ao regime jurídico, pode-se depreender que ele foi consagrado como objetivo para os comportamentos comissivos, e subjetivo para os omissivos,<sup>408</sup> quando em verdade o sistema de responsabilização deveria ser o mesmo (objetivo) para os dois casos. Ademais, não se vê a previsão expressa de obrigação reparatória por ações lícitas – o que se apresenta como um equívoco do texto.

Já quanto à solução legislativa apresentada por intermédio do relatório do Senador Antônio Anastasia, nota-se, de uma forma geral, que a conduta estatal foi adequadamente erigida como requisito para a caracterização do dever reparatório (não havendo, portanto, a hipótese de responsabilidade derivada apenas de situação propiciada pelo Estado).<sup>409</sup> Com relação ao regime jurídico, adotou-se a responsabilidade objetiva para as ações, e um sistema misto para as omissões,<sup>410</sup> em desacordo com a necessidade de um sistema único (e objetivo) para ambos os contextos. Por fim, o projeto, equivocadamente, não prevê a possibilidade expressa de reparação por atos lícitos.<sup>411</sup>

---

<sup>405</sup> Vale dizer que a temática da reserva do possível como eventual excludente da responsabilidade será abordada no capítulo 4 desta parte II.

<sup>406</sup> PL nº 412/2011 e PLC nº 125/2017, respectivamente (cf. anexos).

<sup>407</sup> A conduta não é enumerada como pressuposto da responsabilização (consoante art. 3º), mas o art. 5º dispõe claramente que a obrigação reparatória depende do nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal.

<sup>408</sup> Cf. art. 3º.

<sup>409</sup> Cf. arts. 6º e 7º. Destaca-se que o projeto prevê a hipótese de responsabilidade, sem excludentes, em determinadas situações (art. 8º). Contudo, tratam-se de situações que não dizem respeito à disciplina geral da responsabilidade civil do Estado, e que, portanto, devem ser abordados por legislações específicas.

<sup>410</sup> O art. 6º trata das ações. O art. 7º das omissões, destacando que a responsabilidade é subjetiva no geral, mas objetiva quando o Estado deveria obstar ato de terceiro (art. 7º, § 2º).

<sup>411</sup> Com exceção da previsão de responsabilidade em decorrência de leis constitucionais de efeitos concretos, conforme art. 13, II.

### Capítulo 3 – O dano reparável

A terceira questão capital da responsabilidade civil do Estado está relacionada, como visto,<sup>412</sup> com as características do dano reparável. Assim, importante aventar como esta problemática deveria ser observada por eventual legislação destinada a edificar normas gerais e aspectos processuais sobre a responsabilização extracontratual estatal.<sup>413</sup> O enfrentamento deste tema, todavia, implica também na análise de assuntos conexos relacionados ao próprio dano em si, o que também será realizado neste capítulo.

De início, revela-se importante advertir que o dano deve ser encarado como um dos pressupostos da responsabilidade civil (e, como não haveria de ser diferente, também da responsabilidade extracontratual do Estado).<sup>414</sup> Assim, não se pode concordar com a ideia de uma responsabilização estatal sem danos ou preventiva.<sup>415</sup> Como bem aponta Bruno Leonardo Câmara Carrá, isso não significa negar a essencialidade de que as lesões sejam evitadas, mas tão somente de afastar a incorporação do paradigma preventivo aos domínios da responsabilidade civil, de cunho essencialmente reparatório.<sup>416</sup>

Dito isso, crucial ressaltar, como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, que não é qualquer dano ocasionado por comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que gera o dever de reparação. A lesão, para ser compensável, necessita preencher algumas

<sup>412</sup> Novamente, cf. capítulo 4 da parte I.

<sup>413</sup> Vale advertir, outra vez, que as explanações realizadas neste ponto valem para todas as pessoas submetidas ao mesmo regime de responsabilização do Estado (apreendido em sentido estrito), e também aos danos ocasionados por este último no exercício das funções administrativa, legislativa e judicial.

<sup>414</sup> Sobre o dano como pressuposto da responsabilidade civil em geral, cf.: CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – uma análise crítica*: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2014, p. 213-214. A ideia do dano como um pressuposto da responsabilidade civil estatal já foi delineada quando abordada a querela envolvendo a responsabilização objetiva e subjetiva (cf. capítulo anterior).

<sup>415</sup> Nesta esteira, Luzardo Faria esclarece que a temática da responsabilidade civil preventiva é ainda incipiente, tendo sido mencionada pela primeira vez em artigo escrito pela civilista francesa Catherine Thibierge, no ano de 1999. O objetivo da construção é o de que o enfoque da responsabilização não fique adstrito apenas à reparação dos danos, mas também à sua prevenção. FARIA, Luzardo. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 17, n. 69, p. 211-241, jul./set. 2017, p. 220. Ainda sobre a responsabilização preventiva, cf.: VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva*: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>416</sup> A afirmação, genérica, é plenamente aplicável ao instituto da responsabilidade extracontratual do Estado. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil...*, p. 89. Igualmente, cf.: BÜRGER, Marcelo Luís Francisco de Macedo; CORRÊA, Rafael. Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, a. 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015, p. 58; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, a. 3, p. 89-103, jan./mar. 2016, p. 101.

características.<sup>417</sup> Viu-se, anteriormente,<sup>418</sup> que esta questão foi objeto de preocupação em todas as legislações ordinárias dos países examinados que cuidaram da responsabilidade civil do Estado – o que, sem dúvidas, corrobora com a imprescindibilidade de que uma complementação legislativa do art. 37, § 6º da Constituição Federal também se debruce sobre o assunto. A investigação, contudo, deve-se subdividir em duas frentes: i) os danos oriundos de comportamentos ilícitos; ii) as lesões originadas de condutas lícitas.<sup>419</sup> Começa-se pela primeira categoria.

Neste sentido, costuma-se indicar que o dano reparável, nas situações envolvendo condutas ilícitas, deve obrigatoriamente satisfazer cumulativamente as seguintes características: violar direito juridicamente tutelado e configurar-se como uma lesão certa.<sup>420</sup> Relevante, neste momento, explicitar estes dois parâmetros.

O primeiro requisito para caracterizar o dano compensável é, então, a lesão a direito.<sup>421</sup> Como bem esclarece Sérgio Cavalieri Filho, o prejuízo deve corresponder à subtração ou diminuição de um bem jurídico.<sup>422</sup> E, neste sentido, são as normas constitucionais e legais que consagram o que pertence à esfera jurídica dos indivíduos. Assim, a constatação se houve, ou não, um dano a direito tutelado, perpassa pela análise desta esfera de proteção trazida pelo ordenamento, e pela investigação se ocorreu efetivamente o decréscimo de algum bem concernente a esta.<sup>423</sup> Convém lembrar, todavia, consoante adverte Emerson Gabardo, que pode haver situações em que a vítima detém o dever jurídico de suportar, casos em que inexistirá, efetivamente, lesão a direito.<sup>424</sup>

<sup>417</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1052. De igual forma, cf.: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 218.

<sup>418</sup> Cf. capítulo 2 da parte I.

<sup>419</sup> Aproveitando-se da divisão metodológica realizada por, entre outros, Weida Zancaner e Celso Antônio Bandeira de Mello. Cf., respectivamente: ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 66-67; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1055.

<sup>420</sup> Cf., entre outros: ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 66; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1053-1054.

<sup>421</sup> Para Ricardo Marcondes Martins, em verdade, a ofensa a um bem juridicamente protegido não seria uma característica do dano, e sim um pressuposto, uma vez que sem este não se poderia sequer falar na ocorrência de um dano. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos...*, p. 560-561 (nota 9). A despeito disso, o que se vê é que inexistem divergências sob o ponto de vista da reparação, porque se ausente a lesão a direito juridicamente tutelado, em um ou outro caso, inexistirá o dever de compensação.

<sup>422</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade...*, p. 370; NOHARA, Irene. *Direito Administrativo...*, p. 859; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 710.

<sup>423</sup> Como adverte Ricardo Marcondes Martins. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos ...*, p. 558-559.

<sup>424</sup> GABARDO, Emerson. *Responsabilidade objetiva do Estado...*, p. 266-267; A esse respeito, cf. também: CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil...*, p. 224; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade...*, p. 370-371.

Ao que parece, aqui podem-se citar as hipóteses das denominadas causas de justificação. De acordo com Bruno Leonardo Câmara Carrá, as causas de justificação impedem a qualificação de uma lesão como antijurídica, na medida em que, nestas situações, o dano deve ser suportado pela vítima. Neste sentido, várias são as causas de justificação, que se encontram pulverizadas no ordenamento jurídico, exigindo muitas vezes esforços para serem identificadas. Dentre estas, poderiam ser citadas: o estado de necessidade (em que o perigo removido é resultado de ação da própria vítima),<sup>425</sup> o exercício regular do direito e a legítima defesa.<sup>426</sup> Não por outro motivo que Ricardo Marcondes Martins, ao examinar o exemplo em que um criminoso é ferido por um agente policial, que atuava em legítima defesa, esclarece que a responsabilidade civil do Estado não seria deflagrada, justamente, pela ausência de antijuridicidade do prejuízo, na medida em que a vítima possuiria o dever jurídico de suportar o dano.<sup>427</sup>

Paralelamente, indica-se como característica, também, a certeza. E o que significa um dano certo? Gisele Hatschbach Bittencourt esclarece que o dano certo é aquele que se opõe ao dano eventual, que poderá ou não ocorrer, e ao dano hipotético, que existe apenas no terreno das probabilidades.<sup>428</sup> Impõe-se salientar que o requisito da certeza não veda a composição de danos futuros, desde que sejam certos.<sup>429</sup> No campo dos danos patrimoniais, a indenização pode abranger assim tanto os danos emergentes (atuais), quanto os lucros cessantes (futuros). Sérgio Cavalieri Filho bem enfrenta estas duas categorias. De acordo com o autor, e utilizando-se do dispositivo do art. 402 do Código Civil,<sup>430</sup> o dano emergente deve ser compreendido como aquilo que efetivamente se perdeu, ao passo que os lucros cessantes configuram a perda do ganho razoavelmente esperável.<sup>431</sup>

<sup>425</sup> O estado de necessidade pode ser conceituado a partir do art. 188, II do Código Civil. Assim, constitui-se estado de necessidade “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Veja-se, contudo, que, nos termos do art. 929, II do Código Civil, “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

<sup>426</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade Civil...*, p. 224-226.

<sup>427</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade...*, p. 373.

<sup>428</sup> BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. *Responsabilidade...*, p. 79. De acordo com Maurício Zockun: “não há, pois, possibilidade de indenizar danos de incerta realização ou ocorrência (...)”. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 102. Por esta razão, não se pode concordar com o argumento utilizado em defesa da responsabilidade preventiva de que o dano, nesta construção, continua a ser observado, mas em uma perspectiva de antecipação e não de reparação. Aceitar a afirmação seria possibilitar a responsabilização por danos em potencial.

<sup>429</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1054; ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 66; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos...*, p. 560.

<sup>430</sup> Art. 402: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

<sup>431</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, p. 78-79.

Em complementação, vale realçar que o aspecto da certeza não se contrapõe, como pontua Maurício Zockun, com a possibilidade de se sustentar a ocorrência de um dano presumido.<sup>432</sup> Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, podem-se identificar arestos em que a responsabilidade civil do Estado foi caracterizada presumindo-se, em razão de uma determinada situação fática, a ocorrência efetiva de um dano.<sup>433</sup> Ademais, a alusão ao dano certo como requisito obrigatório à caracterização da lesão também não afasta eventual viabilidade de a reparação basear-se na perda de uma chance.<sup>434</sup> Isto porque, conforme elucida Glenda Gonçalves Gondim, neste cenário a chance é o dano em si, e para que esta enseje a composição faz-se indispensável que ela seja certa.<sup>435</sup>

Pelo que se vê da própria explicação dos parâmetros, inexistem razões, então, para discordar da qualificação destes como requisitos indispensáveis à reparabilidade do dano – decorrente de condutas ilícitas – por parte do Estado.<sup>436</sup> Contudo, aparentemente, ao lado dessas duas características (lesão a direito e certeza), também haveria a necessidade da presença de um terceiro elemento: a anormalidade.<sup>437</sup> Esta, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, impõe que o prejuízo reparável exceda aos pequenos ônus a que todos estão sujeitos pelo simples fato de se viver em sociedade.<sup>438</sup> De acordo com Maurício Zockun, a aferição da normalidade ou anormalidade da lesão deve ser pautada por um exame do postulado da proporcionalidade.<sup>439</sup>

<sup>432</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 102.

<sup>433</sup> Cf., a título exemplificativo: AgRg no AREsp 802.135/RJ, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 24/03/2017; AgRg no REsp 1562277/MG, Relator: Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015.

<sup>434</sup> Sobre a teoria da perda de uma chance, cf., por todos: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, p. 81-87.

<sup>435</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. *A Reparação Civil na Teoria da Perda de uma Chance*. 2010. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 63. Na mesma esteira, Tatiana Denczuk e Daniel Ferreira afirmam que “com a ocorrência do dano real, que, como visto, se constitui pela própria chance perdida, surge sua reparabilidade (...)”. DENCZUK, Tatiana; FERREIRA, Daniel. Responsabilidade do Estado pela perda de uma chance. *Ius Gentium*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 240-265, jan./jun. 2017, p. 258.

<sup>436</sup> Tendo em vista que, como alerta Celso Antônio Bandeira de Mello, quem não fere direito alheio não tem o dever de reparar. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1053. Ademais, a certeza também é atributo indispensável, a fim de que se evite a reparação apenas por um perigo de dano, como argumenta Bruno Leonardo Câmara Carrá. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil...*, p. 89.

<sup>437</sup> Na esteira do pensamento de Romeu Felipe Bacellar Filho. Para o jurista, “impende que o dano ressarcível seja aquele que fuja da normalidade (...)”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 218.

<sup>438</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1055. Ainda, cf.: ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 67.

<sup>439</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 106.



Assim, crucial advertir que, contrariamente ao entendimento comumente sustentado,<sup>440</sup> a anormalidade apresenta-se como um elemento indispensável para a qualificação do prejuízo nas situações correlacionadas, também, a comportamentos ilícitos.<sup>441</sup> Alinhado a esta concepção, Ricardo Marcondes Martins sustenta que somente o dano anormal é indenizável, e que o dano normal decorrente de atividade ilícita não gera, portanto, direito à reparação em face do Estado.<sup>442</sup> Pode-se citar, como exemplo, as hipóteses de danos extrapatrimoniais não reparáveis, quando entendidos como meros dissabores (normais), ainda que originados de comportamentos ilícitos.<sup>443</sup>

No que se refere ao dano decorrente de atos lícitos,<sup>444</sup> por sua vez, e consoante explicita Maurício Zockun, majoritariamente se argumenta que a lesão indenizável deve preencher cumulativamente os seguintes requisitos: i) violação a bem jurídico; ii) certeza; iii) anormalidade; iv) especialidade.<sup>445</sup> Quanto aos três primeiros, pelos mesmos motivos outrora apresentados para as condutas ilícitas, tratam-se também de atributos necessários à configuração do dano compensável decorrente de comportamentos lícitos. Porém, antes de se avaliar o atributo da especialidade, torna-se interessante enfrentar uma temática relacionada ao aspecto da certeza dentro do âmbito das condutas lícitas.

Isto porque, considerando-se que o dano certo pode ser aquele, como ressaltado, atual e futuro, convém apresentar o seguinte questionamento: a indenização de danos patrimoniais, nas hipóteses de comportamentos lícitos, abarcaria os danos emergentes e os lucros cessantes (como nas condutas ilícitas), ou somente os primeiros? A dúvida, que em um primeiro momento pode até parecer despropositada, tem origem no exame da legislação argentina a respeito da

<sup>440</sup> Costuma-se elencar a anormalidade apenas como requisito do dano reparável nas hipóteses de atos lícitos. Como exemplo deste posicionamento, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1055; ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 67.

<sup>441</sup> Importante registrar o posicionamento de Emerson Gabardo. Segundo o autor, a aludida anormalidade está inserida, antes de tudo, na própria configuração da situação jurídica lesada. A explicação baseia-se no fato de que a anormalidade está diretamente imbricada com a ausência do dever de suportar o dano. Assim, a existência do direito juridicamente tutelado pressupõe, justamente, que o indivíduo não tenha a obrigação de arcar com a lesão sofrida (que, portanto, seria anormal). GABARDO, Emerson. *Responsabilidade objetiva do Estado...*, p. 267. Todavia, na esteira dos exemplos de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se cogitar da existência de lesões a direitos juridicamente tutelados que, apesar disso, não geram o dever de indenizar por serem próprios do cotidiano da sociedade. Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1055.

<sup>442</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos...*, p. 560-561 (nota “9”). Anota-se, em sentido contrário, a opinião de Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 105 (nota “81”).

<sup>443</sup> Como adverte Paulo Henrique Macera: “A conhecida tese de que os “meros dissabores” não ensejam a responsabilização por dano moral é construída justamente com base nessa característica – ou seja, o “mero dissabor” não seria um prejuízo moral anormal, de modo a não se elevar à condição de dano passível de indenização”. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade do Estado por omissão judicial*. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p.134.

<sup>444</sup> Porque, como se viu no capítulo antecedente, inexistente responsabilização em razão de omissões lícitas.

<sup>445</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 99.

responsabilidade civil do Estado.<sup>446</sup> Isto porque, em seu art. 6º, esta exclui o dever de reparar os lucros cessantes, nas hipóteses de cometimento de atos lícitos.<sup>447</sup>

O exame a respeito da possibilidade de a lei destinada a integrar normativamente o art. 37, § 6º da Constituição Federal restringir a reparação apenas aos danos emergentes, em circunstâncias em que a lesão resultar de condutas lícitas, deve ser analisada sob o prisma do ordenamento constitucional brasileiro. E, a partir disso, não há como se sustentar que potencial legislação ordinária limite genericamente, e *a priori*, a reparabilidade do dano. O óbice advém do princípio da reparação integral, de índole constitucional, e que pode ser melhor compreendido através de seus dois perfis: i) o existencial, que garante a plena compensação dos danos extrapatrimoniais, com supedâneo nos arts. 5º, V e X;<sup>448</sup> ii) o patrimonial, alicerçado no art. 5º, XXII,<sup>449</sup> que prevê a essencialidade da composição total do patrimônio que se perdeu ou daquilo que razoavelmente se deixou de lucrar.<sup>450</sup>

Nesta perspectiva, não há como se sustentar a compatibilidade da integralidade da reparação com a vedação apriorística de compensação dos lucros cessantes, na medida em que reparar de forma íntegra o dano significa, exatamente, compensar toda a extensão da lesão, que inclui necessariamente os prejuízos emergentes e eventuais lucros cessantes.<sup>451</sup> Ressalte-se que este mesmo argumento é utilizado, por vezes, pela doutrina argentina, para criticar a opção legislativa realizada no país.<sup>452</sup>

Feita esta inserção, indispensável, em sequência, analisar a especialidade – atributo enumerado comumente como indispensável exclusivamente no contexto das atividades estatais lícitas. O dano especial, desta feita, trata-se de prejuízo imposto a um número restrito de

<sup>446</sup> Conforme destacado no capítulo 2 da parte I, trata-se da Lei Federal nº 26.944, de 2014.

<sup>447</sup> Art. 6º: “*La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante*”.

<sup>448</sup> Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>449</sup> Art. 5º, XXII: “é garantido o direito de propriedade”.

<sup>450</sup> A construção teórica é de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, p. 1-25, 2018, p. 3-4. Disponível em: <<http://civilistica.com/limitesao-principio-da-reparacao-integral/>>. Acesso em: 11 set. 2018.

<sup>451</sup> É o que Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho sustenta como a projeção do princípio da reparação integral em função da quantificação do dano (*quantum debeatur*). MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio..., p. 3-4.

<sup>452</sup> Neste contexto, Juan Santiago Ylarri aponta que “*se ha dicho que la exclusión del lucro cesante y del daño moral es cuestionable porque atenta contra el principio de reparación integral del daño prevista en el artículo 1083 del antiguo Código Civil, y por ser contrario a la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema*”. YLARRI, Juan Santiago. La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por su actividad lícita. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 36, p. 331-359, jan./jun. 2016, p. 353-354.

indivíduos, em função da busca pelo benefício de toda a coletividade.<sup>453</sup> Em complementação, e na síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello, dano especial é aquele que não é genérico, disseminado por toda a sociedade.<sup>454</sup>

Neste viés, essencial ressaltar que a especialidade se apresenta, sim, como um requisito importante e necessário à qualificação do dano nos casos de atos lícitos. E o motivo para tanto advém do fato de que a responsabilização do Estado nesta seara está fundamentada sobretudo na repartição equânime dos ônus e encargos públicos, impossibilitando que apenas alguns sofram prejuízos em razão de atividade desenvolvida no interesse de todos.<sup>455</sup> Por isso, necessário que o dano resultante de ato lícito seja especial, ou seja, não atinja aos sujeitos de forma indiscriminada – porque, aí, não haverá o direito à reparação.<sup>456</sup> Convém esclarecer que a especialidade não é aspecto qualificador da lesão sofrida por comportamentos ilícitos, justamente porque o fundamento para a responsabilização nestas situações é precipuamente outro, originando-se primariamente da própria violação ao princípio da legalidade.<sup>457</sup>

Conclui-se, portanto, que o dano reparável oriundo de atividades lícitas deve preencher cumulativamente os seguintes requisitos: violação a direito juridicamente tutelado, certeza, anormalidade e especialidade. Ao revés, a reparação nas circunstâncias relativas aos comportamentos ilícitos demanda a presença apenas dos três primeiros. A exigência de um atributo a mais para os casos das condutas lícitas coaduna-se com observação, realizada por Weida Zancaner, de que as lesões decorrentes de condutas ilícitas são dotadas de uma potencialidade maior, demandando menos requisitos para a sua reparabilidade.<sup>458</sup>

No entanto, para além de externar as características do dano indenizável, caberia a lei de responsabilidade civil do Estado clarificar o fato de que a responsabilização pode abranger qualquer categoria de dano. O art. 37, § 6º da Constituição Federal utiliza-se genericamente da

---

<sup>453</sup> Nos termos das lições de Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 103. Ainda, cf.: ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 67.

<sup>454</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1055.

<sup>455</sup> Consoante pontua Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1055.

<sup>456</sup> Como bem argumenta Ricardo Marcondes Martins. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos ...*, p. 562.

<sup>457</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1039. Para alguns autores, a especialidade é requisito configurador do dano de forma geral. Citam-se, como exemplo: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 218; GABARDO, Emerson. *Responsabilidade objetiva do Estado...*, p. 267.

<sup>458</sup> ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade...*, p. 67.

expressão “danos”,<sup>459</sup> não comportando, portanto, qualquer interpretação restritiva neste ponto.<sup>460</sup>

Assim, como uma primeira conclusão, e valendo-se dos ensinamentos de Fernando Noronha, deve-se atentar que os danos reparáveis não são somente aqueles individuais, mas também os transindividuais, resultantes da violação dos denominados direitos coletivos e difusos.<sup>461</sup> Conforme elucida Daniel Wunder Hachem, a diferença entre estes se encontra na possibilidade de se definir, ou não, o grupo que os titulariza. Desta feita, os direitos difusos seriam aqueles pertencentes a um conjunto indeterminável de pessoas, reunidas em torno do bem juridicamente tutelado em razão de circunstâncias fáticas (sem que se possa identificar, contudo, qualquer vínculo jurídico). Já os direitos coletivos dizem respeito àqueles titularizados por um grupo, classe ou categoria de indivíduos unidos entre si, ou com a parte adversa, por um liame jurídico.<sup>462</sup>

Ainda, uma segunda conclusão que se pode chegar é a de que a reparação deve englobar, para além dos danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes), os extrapatrimoniais.<sup>463</sup> Neste aspecto, conforme adverte Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, revela-se importante sublinhar que, apesar de comumente serem empregadas como sinônimos,<sup>464</sup> a expressão danos extrapatrimoniais é gênero da qual os danos morais (em sentido estrito) tratam-

<sup>459</sup> Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>460</sup> Como paralelo, pode-se citar a interpretação abrangente dada ao art. 944 do Código Civil (“A indenização mede-se pela extensão do dano”). Como exemplo desta questão, de acordo com o Enunciado nº 456 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil, “A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.”.

<sup>461</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566. A abordagem do autor em relação à amplitude dos danos suscetíveis de reparação, ainda que realizada no âmbito do Direito privado, pode ser transpassada – sem qualquer prejuízo – para o campo da responsabilidade civil do Estado.

<sup>462</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 192-193.

<sup>463</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 710; Ainda que utilizando unicamente a expressão dano moral (como contraponto ao dano patrimonial), cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1039; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 859. Dentro deste contexto, Ênio Santarelli Zuliani apresenta vários exemplos em que o Estado pode ser responsabilizado em virtude da verificação de danos morais. ZULIANI, Ênio Santarelli. Particularidades do Arbitramento do Dano Moral na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado*: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 412-438, p. 419 e ss.

<sup>464</sup> Por todos, cf.: REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

se de espécie.<sup>465</sup> Por isso, o mais apropriado para eventual lei de responsabilidade civil do Estado seria adotar a locução mais ampla.<sup>466</sup>

Com relação especificamente aos danos extrapatrimoniais, uma indagação que poderia ser suscitada, sob o ponto de vista da confecção de uma legislação própria dispondo sobre a responsabilidade extracontratual estatal, é a seguinte: a lei poderia fixar, de antemão, um tabelamento dos danos, fixando limites mínimos e máximos para a compensação de acordo com situações específicas?<sup>467</sup>

Neste ponto, vale dizer que inexistente consenso doutrinário.<sup>468</sup> Todavia, dentro deste debate, assiste razão àqueles que defendem a impossibilidade de tarifação legal dos danos extrapatrimoniais.<sup>469</sup> O porquê pode ser explicitado valendo-se do exemplo trazido outrora pelos arts. 51 e 52 da Lei nº 5.260/1967 (Lei de Imprensa), que consagravam legislativamente o tabelamento.<sup>470</sup> O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, manifestou-se contrariamente à tarifação trazida pelos referidos dispositivos, sob o argumento de que a limitação prévia da indenização era incompatível com a Constituição Federal, na medida em que a reparabilidade assegurada pelo texto era a mais ampla possível.<sup>471</sup> Não era outro, também,

<sup>465</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto Venturi. *Responsabilidade Civil...*, p. 103.

<sup>466</sup> Conforme aponta Judith Martins Costa: “a expressão “danos extrapatrimoniais” inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os “danos ao projeto de vida”, e ao “livre desenvolvimento da personalidade”, os danos à vida de relação, inclusive o “prejuízo de afeição” e os danos estéticos”. COSTA, Judith Martins. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, mar./2001, p. 194. Impõe-se anotar que a Constituição Federal se utiliza da expressão “danos morais”, mas esta deve ser interpretada em seu sentido amplo, como sinônimo de “danos extrapatrimoniais” (art. 5º, V e X).

<sup>467</sup> Como, por exemplo, estabeleceu recentemente o art. 223-G, § 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas, dispositivo introduzido ao diploma pela Lei nº 13.467/2017 (conhecida como a “Reforma Trabalhista”).

<sup>468</sup> A controvérsia pode ser depreendida da análise feita por Fausto José Martins Seabra. SEABRA, Fausto José Martins. Critérios para o Arbitramento de Indenização por Danos Morais Causados pelo Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 440-454, p. 447-448.

<sup>469</sup> Por todos, cf.: REIS, Clayton. A Responsabilidade Civil em Face da Violação aos Direitos da Personalidade no Direito de Família. In: REIS, Clayton (coord.). *Responsabilidade Civil em Face da Violação aos Direitos da Personalidade: Uma Pesquisa Multidisciplinar*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13-29, p. 27.

<sup>470</sup> Art. 51: “A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV); II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º)”; Art. 52: “A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50”.

<sup>471</sup> Cf., entre outros: RE 447584, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16/03/2007; RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 29/06/2004, DJ 13/08/2004.



o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive chegou a editar uma Súmula sobre a questão.<sup>472</sup>

Assim, pelo mesmo motivo que os Tribunais Superiores rejeitaram a tarifação legal dos danos extrapatrimoniais no caso da Lei de Imprensa,<sup>473</sup> pode-se sustentar a inconstitucionalidade de qualquer tabelamento a ser promovido por uma lei de responsabilidade civil do Estado.<sup>474</sup> Conforme ilustra Rafael Rezende Carvalho Oliveira, a reparação deve ser estabelecida caso a caso, em função da efetiva extensão do dano suportado pela vítima.<sup>475</sup> Ademais, pertinente apontar que, no mais das vezes, a fixação legal levaria a estipulação de balizas mínimas e máximas que, dependendo da amplitude, poderiam continuar a viabilizar pragmaticamente a disparidade de indenizações – argumento chave para aqueles que sustentam a indispensabilidade do tabelamento legal.<sup>476</sup>

No mais, ainda sob o ponto de vista dos danos extrapatrimoniais, e considerando-se a potencialidade de reparações díspares, outro ponto de reflexão poderia ser suscitado: caberia à futura legislação, então, disciplinar os parâmetros a serem utilizados pelo magistrado para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais?<sup>477</sup> A resposta é afirmativa, mas deve ser entendida sob a perspectiva de que, ainda assim, não se eliminarão completamente os problemas relativos ao processo de aferição das indenizações.<sup>478</sup> Para esta tarefa, todavia, convém adotar-se o

---

<sup>472</sup> Trata-se da Súmula 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

<sup>473</sup> Posteriormente, reconheceu-se que a lei, como um todo, não havia sido recepcionada pela Constituição Federal, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (ADPF 130, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe 06/11/2009).

<sup>474</sup> É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2017, através dos julgamentos do RE 636331/RJ (de relatoria do Ministro Gilmar Mendes) e do ARE 766618 (de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso), fixou a seguinte tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. A constatação, que a princípio poderia se apresentar completamente desconectada do tema em análise, ganha relevância porque as mencionadas convenções preveem regras de tabelamento das indenizações (por danos materiais e patrimoniais). No entanto, trata-se de situação específica, que não desabona a conclusão geral. Ademais, sobre o assunto, confira-se a análise de Leonardo de Faria Beraldo que, de forma bastante objetiva, expõe o equívoco da decisão tomada pelo Pretório Excelso, notadamente no ponto relacionado à limitação das indenizações. BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional: breves comentários acerca da inconstitucionalidade do acórdão do Recurso Extraordinário 636.331/RJ, do Supremo Tribunal Federal, no qual se decidiu que as Convenções de Varsóvia e de Montreal sobrepõem-se ao Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 605-634, jan./fev. 2018.

<sup>475</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 710. De igual forma, cf.: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 860.

<sup>476</sup> Cf., neste sentido, a proposta legislativa de Mirna Cianci. CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral: interpretação da valoração e dos critérios de fixação na jurisprudência civil e trabalhista*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275 e ss.

<sup>477</sup> Veja-se que, inclusive, já houve proposta de regulamentação legislativa exclusiva do dano extrapatrimonial (PLS nº 334/2008, de relatoria do Senador Valter Pereira). A proposição, contudo, acabou sendo rejeitada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

<sup>478</sup> A observação é de Fausto José Martins Seabra. SEABRA, Fausto José Martins. *Crítérios...*, p. 451.



método bifásico proposto por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino,<sup>479</sup> diante de sua utilidade.<sup>480</sup> Neste, de início, define-se o valor básico inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico afetado e os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Subsequentemente, em uma segunda fase, o montante é fixado de forma definitiva, de acordo com o caso concreto e baseado em suas circunstâncias particulares.<sup>481</sup>

Neste momento, todavia, torna-se imperioso observar que ainda que se delimitem os parâmetros para o arbitramento de indenizações por danos extrapatrimoniais, certo é que, tanto nestes casos como nas situações envolvendo danos patrimoniais, nem sempre a reparabilidade se dará por intermédio do pagamento de uma indenização.<sup>482</sup> Por esta razão, revela-se prudente que a lei de responsabilidade civil do Estado preveja a possibilidade de a compensação ocorrer, quando concretamente possível e se for o interesse da vítima, de maneira específica (ou não pecuniária).<sup>483</sup>

Oportuno, neste momento, sintetizar as conclusões que foram expostas ao longo de toda a abordagem. O que se viu, assim, foi a necessidade de que a lei de responsabilidade civil do Estado explicitasse quais seriam as características do dano reparável – na medida em que não é toda a lesão ocasionada pela atividade estatal que deve ser compensada. Neste contexto, conforme ressaltado, no caso dos comportamentos ilícitos, o dano deve preencher os seguintes atributos: violação a direito juridicamente tutelado (com a respectiva ausência do dever jurídico de suportar o prejuízo), certeza, e anormalidade. Em contrapartida, a reparação nas

<sup>479</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*: indenização civil no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>480</sup> Silvano José Gomes Flumignan destaca que o método tem sido aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça. FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e punitive damages a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 87, n.1, p. 190-219, jan./jun. 2015, p. 212. Dentro desta temática, Judith Martins Costa esclarece que a metodologia visa estabelecer o arbitramento equitativo da indenização. COSTA, Judith Martins. Dano moral à brasileira. *RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a. 3, n. 9, p. 7073-7122, out./dez. 2014, p. 7114. Ainda, conforme Eroulths Cortiano Júnior e André Luiz Arnt Ramos, “O critério bifásico, bem se vê, une os pontos perdidos de uma fixação aleatória subjetiva (como se incriminava a fixação da indenização por arbitramento): utiliza-se precedentes (o que objetiva a fixação do valor) e as circunstâncias particulares do caso (o que permite elastecer a indenização de acordo com a situação concreta)”. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Dano moral nas relações de trabalho: a limitação das hipóteses de sua ocorrência e a tarifação da indenização pela reforma trabalhista. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018, p. 1-23, 2018, p. 10. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/08/Cortiano-Jr.-e-Ramos-civilistica.com-a.7.n.2.2018.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

<sup>481</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio...*, p. 288-289. Neste viés, revela-se despropositado que a legislação se ocupe em definir quais são efetivamente estas circunstâncias particulares do caso, porque qualquer tentativa de delimitação deverá ser reconhecida, antes de tudo, como um rol meramente exemplificativo. Cite-se, como exemplo, o art. 223-G da Consolidação das Leis Trabalhistas, dispositivo introduzido ao diploma pela Lei nº 13.467/2017 (conhecida como a “Reforma Trabalhista”).

<sup>482</sup> A advertência é de Ricardo Marcondes Martins. Como aponta o autor, a expressão tecnicamente mais correta, então, seria “dano reparável”. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade...*, p. 371 (nota 24).

<sup>483</sup> É o que Luiz Guilherme Marinoni chama de tutela ressarcitória na forma específica. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 318 e ss.

circunstâncias relativas a atos lícitos, para além dos atributos supramencionados, exige que o dano seja especial.

Ainda, caberia à legislação explicitar que a compensação pode ocorrer para qualquer categoria de dano, incluindo-se, assim, os danos individuais e transindividuais, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Especificamente com relação aos danos extrapatrimoniais, como demonstrado, qualquer tentativa de tarifação legal redundaria em inconstitucionalidade. No entanto, seria pertinente que a legislação estabelecesse os parâmetros mínimos para o arbitramento desta espécie de lesão, tornando-se útil, para tanto, o método bifásico. Ademais, demonstra-se como razoável que a lei de responsabilização explicita a possibilidade de a compensação ocorrer de forma não pecuniária.

Como tarefa final, e seguindo-se a sistemática dos capítulos anteriores, impõe-se comparar as ideias aqui apresentadas com a lei de responsabilidade civil do Estado proposta pelo projeto da Câmara dos Deputados, e, também, pelo Substitutivo confeccionado no Senado Federal.

Quanto à proposição da Câmara, apesar de acertadamente posicionar o dano como um pressuposto da responsabilidade,<sup>484</sup> nota-se a ausência de um tratamento mais detalhado ao assunto. O texto consagra tão somente que o dano reparável deve ser real e certo,<sup>485</sup> utilizando-se de requisito não abordado frequentemente pela doutrina,<sup>486</sup> e não diferenciando os parâmetros do dano decorrente de comportamentos ilícitos e lícitos. No mais, apesar da proposta coerentemente apontar que os danos podem ser individuais ou transindividuais,<sup>487</sup> inexistente preocupação em elucidar que os prejuízos podem ser patrimoniais e extrapatrimoniais. Quanto a este último, a proposição silencia – de forma equivocada – a respeito dos critérios, ainda que mínimos, para a sua indenização. Por fim, não há qualquer menção à possibilidade de a reparação dar-se de forma não pecuniária.

Já no que tange ao texto do Substitutivo do Senado Federal, este também – e corretamente – elenca o dano como pressuposto da responsabilização.<sup>488</sup> Quanto às características do dano reparável, no entanto, apresenta a mesma falha da proposição da Câmara, ao não diferenciar os atributos das lesões decorrentes de atos lícitos e ilícitos. Ademais, para o projeto, o dano, para ser compensado, exige apenas os requisitos da certeza e da

---

<sup>484</sup> Art. 3º, I do PL nº 412/2011.

<sup>485</sup> Art. 4º do PL nº 412/2011.

<sup>486</sup> Refere-se aqui, especificamente, à exigência do dano ser real.

<sup>487</sup> Art. 4º, parágrafo único.

<sup>488</sup> Art. 2º, I do Substitutivo.

anormalidade – com o que não se pode concordar.<sup>489</sup> Para além disso, quanto às categorias, depreende-se que a proposição acertadamente elenca que as lesões podem ser individuais e transindividuais, patrimoniais e extrapatrimoniais.<sup>490</sup> Inexiste, contudo, a indicação de parâmetros mínimos para a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, e também o reconhecimento da possibilidade de a compensação ocorrer de forma não pecuniária.

---

<sup>489</sup> Art. 3º, § 1º. A redação, na verdade, refere-se a dano certo e injusto. Todavia, da leitura do art. 3º, § 2º, II, nota-se que dano injusto é sinónimo de dano anormal. Pode-se argumentar, dentro deste contexto, que para a proposição a violação a direito é pressuposto do dano, e por isso não se encontra descrita no rol das características.

<sup>490</sup> Art. 3º. O projeto utiliza-se das expressões “danos materiais” e “danos imateriais”.

## Capítulo 4 – O nexo causal e as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do Estado

Consoante afirmado anteriormente, as hipóteses de exclusão da obrigação reparatória configuram-se como a última das questões capitais da responsabilidade civil do Estado,<sup>491</sup> e demandam, por consequência, abordagem explícita por uma lei que pretenda oferecer a disciplina básica do instituto. Contudo, quando a análise direciona-se às excludentes da responsabilização, o que se está examinando, em verdade, são as hipóteses em que inexistente a configuração do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.<sup>492</sup> E, por esta razão, antes de se explicitarem as situações de afastamento, torna-se crucial realizar alguns apontamentos sobre o próprio nexo causal.

Esta temática é das mais importantes no terreno da responsabilidade civil do Estado, uma vez que, em sendo a responsabilidade objetiva,<sup>493</sup> a ausência de culpa deixa de se apresentar como um argumento possível.<sup>494</sup> Entretanto, o estudo do assunto, apesar de complexo,<sup>495</sup> é o menos desenvolvido entre os administrativistas.<sup>496</sup> Na realidade, como observa Rodrigo Valgas dos Santos, a matéria é mais bem trabalhada no campo do Direito privado, o que não impede que as reflexões desenvolvidas naquela seara, neste ponto em específico, sejam

<sup>491</sup> Cf. capítulo 4 da parte I.

<sup>492</sup> Alexandre Dartanhan de Mello Guerra critica a utilização da expressão “excludentes de responsabilidade civil do Estado”. Segundo o autor, seria mais acertado falar em “causas de não incidência da responsabilidade civil do Estado”. Ele justifica o seu ponto de vista nos seguintes termos: “sinteticamente, diante da não incidência, não chegou efetivamente a existir em momento algum o dever de indenizar naquelas circunstâncias fáticas. Noutras palavras, dizer excludentes poderia fazer supor que a hipótese veio a ocorrer, passando, em um segundo momento, a identificar certo óbice à condenação do agente indenizador, o que não é o que ocorre no plano científico (...)”. GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não incidência de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHI, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 295-339, p. 313-314. A crítica é procedente, mas a adoção do termo “excludentes” será mantida neste trabalho, em virtude de sua ampla aceitação na seara doutrinária e jurisprudencial, e porque, ao final, tanto a “não incidência” quanto a “exclusão” remetem-se a uma mesma ideia: contextos em que o Estado não será responsabilizado.

<sup>493</sup> Cf. capítulo 2 desta parte II.

<sup>494</sup> Assim, como relata Anderson Schreiber, o foco principal passa a ser o nexo causal. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56. De igual maneira, atestando a relevância do tema dentro da responsabilização objetiva, cf., como exemplo: NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 545; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1056; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 222; TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vita. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106-119, p. 108; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, p. 49.

<sup>495</sup> De acordo com Fernando Noronha, um dos pontos mais difíceis é precisamente esse: ter conhecimento de quando determinada lesão pode ser considerada causada por um fato em específico. NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 612.

<sup>496</sup> Consoante pondera Ricardo Marcondes Martins. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos...*, p. 562. Ainda, cf.: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo Causal e Excludentes da Responsabilidade Extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 268-292, p. 269-270.

compartilhadas com a responsabilidade extracontratual estatal (sem qualquer prejuízo).<sup>497</sup> Outra vez, imprescindível ponderar que as observações aqui realizadas valem também para as demais pessoas jurídicas abrangidas pela regra do art. 37, § 6º da Constituição Federal, além do Estado como pessoa política, bem como, quanto a este último, para o desempenho das funções administrativa, legislativa e judicial.

Assim, pode-se dizer, de início, que o nexo causal nada mais é do que o elo de ligação entre o comportamento estatal e o dano. Aproveitando-se das lições de Sérgio Cavalieri Filho, torna-se crucial avaliar, então, se o dano ocasionado decorreu da conduta perpetrada, ou seja, se existe entre ambos uma relação necessária de causa e efeito.<sup>498</sup> Todavia, essencial advertir que, para fins de responsabilidade civil, a causalidade não deve ser tomada apenas em um sentido naturalístico.<sup>499</sup> E disso decorrem ao menos duas conclusões importantes.

A primeira delas é a de que nem tudo o que, faticamente, pode ser apresentado como causa de um evento, deve ser assim considerado também juridicamente. O que ocorre, desta forma, é uma limitação jurídica do conceito de causa,<sup>500</sup> ocasionando a diferenciação realizada entre esta e as chamadas condições. Sobre a distinção, Fernando Noronha pontua que por condições devem ser entendidos todos os fatores que estão na origem de um dano, sem os quais ele não teria sido produzido; causas, ao revés, são apenas as condições reputadas como determinantes para a ocorrência do resultado.<sup>501</sup>

Ademais, é justamente esta concepção jurídica de causa que permite compreender a possibilidade de se conjecturar um nexo de causalidade nos comportamentos omissivos. É verdade que, sob um viés material ou natural, seria incorreto sustentar qualquer vinculação entre o não fazer e um dano.<sup>502</sup> Entretanto, sob o ponto de vista normativo, em algumas situações o

<sup>497</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo Causal...*, p. 269 (em especial, cf. nota de rodapé “4”). Assim, será comum, neste ponto, a utilização de referenciais doutrinários da seara do Direito privado – o que, convém reforçar, não implica em qualquer prejuízo.

<sup>498</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, p. 49. Tratando exclusivamente da responsabilidade civil do Estado, mas no mesmo sentido, cf., por todos: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1392.

<sup>499</sup> Como bem aponta Igor Volpato Bedone. BEDONE, Igor Volpato. *Imputação...*, p. 72. Sobre a distinção entre causalidade material (ou natural) e causalidade jurídica, cf.: MULLHONLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 97 e ss.; DAVID, Tiago Bitencourt de. *A Relação de Causalidade no Direito e na Natureza: Breve Estudo sobre a Legitimidade da Imputação do Resultado Danoso*. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 19, n. 113, p. 99-109, mai./jun. 2018, p. 99-107.

<sup>500</sup> Conforme pontua Anderson Schreiber. Para ele, esta limitação torna-se indispensável, sob o risco de se ter uma responsabilização muito abrangente. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, p. 55.

<sup>501</sup> NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 613. Importante esclarecer, portanto, que a diferenciação aqui apresentada é diferente daquela realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com este autor, “causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1047.

<sup>502</sup> Esta percepção leva Ricardo Marcondes Martins a afirmar que, no caso das omissões, não se pode falar em nexo de causalidade, mas apenas em imputação. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade...*, p. 369. Neste sentido, cf. também: BEDONE, Igor Volpato. *Imputação...*, p. 74.

Direito impõe o dever de agir que, se descumprido, não permite que um acontecimento seja evitado. Por isso, a omissão pode ser sim causa jurídica por não impedir que um resultado lesivo se concretize.<sup>503</sup>

Ademais, imperioso esclarecer, ao contrário da confusão por vezes observada no terreno das omissões do Estado,<sup>504</sup> que o nexo de causalidade não se confunde com culpabilidade.<sup>505</sup> Isso permite concluir, também, que não há identidade entre o nexo de imputação e o nexo de causalidade. Esta diferença é costumeiramente trabalhada pela doutrina civilista, mas a distinção continua sendo útil no terreno da responsabilização estatal. O nexo de imputação, como bem explicita Paulo Tarso Vieira Sanseverino, é o “vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa, podendo a imputação ser delitual (culpa *lato sensu*) ou objetiva (risco)”.<sup>506</sup>

Realizada esta incursão sobre o nexo causal, cumpre-se ressaltar que várias foram as teorias destinadas a explicitar quando um fato pode ser considerado efetivamente causa de um dano (sob o ponto de vista jurídico). O objetivo, aqui, não é o de analisar exaustivamente cada uma destas construções.<sup>507</sup> O que se pretende, partindo-se da constatação de que o art. 37, § 6º da Constituição Federal não traz maiores digressões sobre o nexo causal,<sup>508</sup> é elucidar duas indagações: i) se existe alguma teorização que foi adotada, no Brasil, para as situações envolvendo a responsabilização extracontratual; ii) se haveria a necessidade de que eventual lei de responsabilidade civil do Estado consagrasse expressamente alguma teoria em seu texto.

<sup>503</sup> É o que aponta Sérgio Cavalieri Filho. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, p. 67. Da mesma maneira, Tiago Bittencourt de David também reconhece a causalidade jurídica nas situações envolvendo comportamentos omissivos. DAVID, Tiago Bittencourt de. *A Relação...*, p. 99-107.

<sup>504</sup> Nos termos delineados por Daniel Wunder Hachem. O autor salienta a diferenciação valendo-se de um exemplo. Para ele, quando se diz que o Estado, em razão de um suposto caráter subjetivo da omissão, não deve ser responsabilizado por dano causado a um cidadão em virtude de um evento irresistível da natureza, o que se está a constatar verdadeiramente é a inexistência de nexo de causalidade. A causa do dano foi o fator externo, e não a omissão estatal, porque o Estado não tinha o dever jurídico de impedir o acontecimento. HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, p. 1150-1151.

<sup>505</sup> Conforme sintetiza Rodrigo Valgas dos Santos, pode ocorrer a perfectibilização do nexo causal sem que se verifique a ocorrência de culpa – a análise da causalidade, assim, trata-se de uma etapa anterior à verificação da culpabilidade. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo Causal...*, p. 271.

<sup>506</sup> SANSEVERINO, Paulo Tarso Vieira. *Princípio...*, p. 152. Na mesma linha, Fernando Noronha aponta que “nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outrem, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa. Excepcionalmente, poderá haver imputação pelo risco”. NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 495-496.

<sup>507</sup> Para uma visão geral e sistemática de grande parte das teorias, cf.: CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-111. Ainda, para uma análise das teorias tradicionais em um sistema de *civil law* e *common law*, cf.: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21-39.

<sup>508</sup> O dispositivo limita-se a asseverar que o Estado (ou quem lhe faça as vezes) responderá pelos danos que os seus agentes *causarem* a terceiros.



Para a resposta do primeiro questionamento, pode-se valer de discussão ocorrida, na seara civilista,<sup>509</sup> a respeito de qual teoria é adotada nacionalmente para os casos envolvendo a responsabilização civil no Direito privado.<sup>510</sup> Do debate advêm majoritariamente dois posicionamentos: i) o de que a concepção acolhida é a teoria da causalidade adequada; ii) a de que a ideia adotada é aquela propagada pela teoria do dano direto e imediato (ou da interrupção do nexo causal).<sup>511</sup> Por esta razão, indispensável analisar, ainda que superficialmente, cada uma delas.<sup>512</sup>

A teoria da causalidade adequada,<sup>513</sup> como explica Rafael Carvalho Rezende Oliveira, considera como causa de um dano aquele fator que, em abstrato, apresenta-se como o mais adequado para a produção do evento. Em outras palavras, causa é aquele antecedente que possui a maior probabilidade, dentro de um cenário de normalidade, de ocasionar o prejuízo.<sup>514</sup> Em complementação, como bem observa Fernando Noronha, vale dizer que a teoria da causalidade adequada se apresenta sobre duas formulações distintas: a positiva e a negativa. Para a primeira, a causa é adequada quando favorece a produção do dano; para a segunda, a adequação do antecedente configura-se quando este não é estranho à ocorrência da lesão (sendo preferível, portanto, e dentre outras razões, por elastecer o nexo de causalidade).<sup>515</sup>

<sup>509</sup> A discussão, geralmente, gira em torno da interpretação dada ao art. 403 do Código Civil (“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”), que praticamente repete o conteúdo do art. 1.060 do Código Civil de 1916 (“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”). Vale dizer que ainda que o dispositivo se refira à responsabilidade contratual, reconhece-se à sua aplicabilidade à responsabilização civil extracontratual.

<sup>510</sup> Isto porque, como já se disse, em termos de causalidade, as ponderações ocorridas no âmbito do Direito civil são plenamente aplicáveis à responsabilização civil do Estado (matéria de Direito administrativo).

<sup>511</sup> Gisele Sampaio da Cruz traz como exemplo de juristas defensores da teoria da causalidade adequada: José de Aguiar Dias, Clóvis do Couto e Silva, Julio Alberto Díaz, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Sérgio Cavalieri Filho, Sílvio de Salvo Venosa, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Regis Fichtner Pereira, Raimundo Gomes de Barros, Fernando Noronha, Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio Junqueira de Azevedo, Judith Martins Costa. Ao revés, enumerando os adeptos da teoria do dano direto e imediato, cita: Agostinho Alvim, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes, Humberto Theodoro Júnior, Antônio Chaves, Gustavo Tepedino, Guilherme Couto de Castro, Carlos Roberto Gonçalves, Teresa Ancona Lopez, Antônio Herman V. Benjamin e Ricardo Saab Palieraqui. CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema...*, p. 84 (nota “155”) e p. 107 (nota “192”).

<sup>512</sup> Importante realçar, como salienta Pablo Malheiros da Cunha Frota, que ambas são classificadas como teorias da causalidade individualistas, pois distinguem causas de condições (no sentido outrora exposto). Diferem-se, portanto, da denominada teoria generalista da equivalência das condições (ou da condição *sine qua non*) que não faz qualquer distinção entre condições antecedentes e causa. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem Nexo Causal e a Responsabilidade por Danos*. 2013. 275 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 61.

<sup>513</sup> Para uma explicação detalhada, cf., entre outros: CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema...*, p. 64-85; NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 627-635.

<sup>514</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 711. Nos termos destacados por Ricardo Marcondes Martins: “O juiz, segundo essa última teoria, deve retroceder até o momento da ação e indagar se ela era, em abstrato, normalmente idônea para causar o resultado – trata-se da chamada prognose póstuma objetiva”. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos...*, p. 563.

<sup>515</sup> NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 628-635.

Já a teoria do dano direto e imediato (ou da interrupção do nexa causal),<sup>516</sup> consoante argumenta Gustavo Tepedino, inicialmente foi concebida sob a ideia que só se poderia declarar como causa aquele fator que se vinculasse direta e imediatamente ao dano, sem qualquer intervenção de um elemento sucessivo. No entanto, em razão da insuficiência deste entendimento,<sup>517</sup> a concepção evoluiu para a subteoria da necessariedade, que compreende que o dever reparatório exsurge, com base em uma análise concreta da situação, quando o dano é efeito necessário de determinada causa.<sup>518</sup> Assim, dentro da perspectiva da necessariedade, existe a possibilidade de composição, inclusive, de eventuais danos indiretos, desde que sejam consequência indispensável do evento identificado como causa.<sup>519</sup>

E qual seria, entre as duas, a teoria da causalidade adotada no Brasil? Considerando-se a teoria da causalidade adequada em sua concepção tradicional, em que a análise da adequação causal é realizada unicamente em um plano abstrato, parece mais acertado o posicionamento de que a concepção perfilhada majoritariamente é aquela noção trazida pela teoria do dano direto e imediato (sob o enfoque da causa necessária).

Primeiramente, porque, como observa Gisele Sampaio da Cruz, muitos daqueles que defendem nominalmente a teoria da causalidade adequada sustentam que a adequação causal deve ser perquirida concretamente, ou seja, de acordo com a sucessão real dos fatos – o que significa, na realidade, a identificação da causa necessária.<sup>520</sup> Ademais porque, jurisprudencialmente, ainda que invocando formalmente a construção da causalidade adequada, as decisões dos tribunais demonstram-se substancialmente fundamentadas na teoria do dano direto e imediato (dentro do viés da necessariedade).<sup>521</sup> E, por fim, e mais importante, como realça Rafael Peteffi da Silva, em decorrência do fato de as teorizações mais modernas da

<sup>516</sup> Para um exame mais detalhado, cf., entre outros: TEPEDINO, Gustavo. *Nexo de Causalidade...*, p. 110-111; CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema...*, p. 96-111.

<sup>517</sup> Que poderia acabar por restringir demais o nexa de causalidade. Sobre o assunto, cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 711; SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, p. 61-62.

<sup>518</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Nexo de Causalidade...*, p. 111.

<sup>519</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, p. 62.

<sup>520</sup> CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema...*, p. 85 (nota “156”). No mesmo sentido, é o entendimento de Rodrigo Valgas dos Santos. Para ele, a teoria da causalidade adequada raramente é adotada em sua pureza conceitual. Assim, doutrina e jurisprudência, repetidamente, não aplicam o método abstrato para chegar à conclusão sobre o estabelecimento, ou não, do nexa de causalidade. O que ocorre, então, é investigação, em concreto, da causa necessária do dano. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo Causal...*, p. 279.

<sup>521</sup> A observação é de Gustavo Tepedino. TEPEDINO, Gustavo. *Nexo de Causalidade...*, p. 111. Anderson Schreiber, em sentido contrário, ressalta que um exame das “decisões judiciais revela que as cortes têm empregado ora uma teoria, ora outra, sem que se possa definir sequer um padrão de julgamento a partir dos diversos precedentes emitidos em um determinado ordenamento”. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, p. 63.

causalidade adequada passarem a considerar a essencialidade de que o exame da adequação se dê de forma concreta.<sup>522</sup>

Assim, pode-se argumentar que a teoria do dano direto e imediato (apreendida em função da subteoria da necessariedade) é aquela aplicada predominantemente no Brasil para fins de responsabilização no Direito Civil, devendo ser entendida também como a incidente nas hipóteses concernentes à responsabilidade civil do Estado.<sup>523</sup> A afirmação, contudo, leva a necessidade de resposta ao segundo questionamento anteriormente formulado: há essencialidade de consagração expressa desta teoria na lei destinada a elaborar normas gerais sobre a responsabilidade?

A resposta negativa à adoção expressa da referida construção na legislação poderia vir baseada nos seguintes argumentos: i) as teorias da causalidade são insuficientes para a resolução da totalidade dos problemas relacionados à responsabilização civil;<sup>524</sup> ii) a adoção de uma teorização poderia acabar com a possibilidade de um exame menos criterioso, que, na prática, contribuiria para uma maior proteção da vítima;<sup>525</sup> iii) o conceito de “causa necessária” seria vago e impreciso, em nada auxiliando à delimitação do vínculo entre conduta e dano.<sup>526</sup>

<sup>522</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, p. 40 e ss. De igual forma, Gisele Sampaio da Cruz salienta que, na medida em que os autores mais modernos adeptos da causalidade adequada têm se preocupado inclusive com a identificação da interrupção do nexo causal, as soluções práticas entre as duas construções em muito se assemelham. CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema...*, p. 110.

<sup>523</sup> Invariavelmente, os próprios civilistas costumam citar como exemplo de filiação do Supremo Tribunal Federal ao exame da causa necessária um aresto envolvendo a obrigação reparatória estatal (RE 130764, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07/08/1992).

<sup>524</sup> Cf., por todos, Ricardo Marcondes Martins. O autor salienta que nenhuma das teorias tradicionais da causalidade é suficiente, sendo que a solução se encontraria na admissão de um quarto pressuposto para a responsabilidade civil do Estado: a imputação objetiva. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos...*, p. 562. A ideia é melhor trabalhada pelo autor em outra obra, momento em que ele, após adotar a teoria da equivalência das condições para a caracterização do antecedente causal, descreve as causas de imputação (realização lícita, risco criado, enriquecimento sem causa e realização ilícita) e as competentes excludentes (participação na produção do vício, diminuição do risco, assunção consciente de um risco, domínio da situação jurídica, generalidade e normalidade). MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade...*, p. 378-388. No entanto, não se pode concordar. Primeiramente em razão do fato, já identificado outrora, de que a teoria da imputação objetiva, em realidade, relaciona-se diretamente com o nexo de causalidade – o que impede que esta origine, assim, um novo pressuposto da responsabilização (a imputação objetiva). Ademais, como bem esclarece Fernando Noronha, esta construção tem como escopo aparar os excessos da teoria das equivalências das condições, sendo que, na medida em que esta não é aplicada em termos de responsabilidade, “a teoria da imputação objetiva deixa de ter interesse, parecendo constituir apenas um fator complicador”. NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 642.

<sup>525</sup> Para Anderson Schreiber, “a indefinição quanto às teorias da causalidade tem servido, muito mais do que a qualquer das soluções teóricas propostas, a garantir, na prática, reparação às vítimas dos danos. Os tribunais têm, por toda parte, se valido da miríade de teorias do nexo causal para justificar um juízo antecedente de responsabilização (...).” SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, p. 65.

<sup>526</sup> A crítica é realizada por Guilherme Henrique Lima Reinig. REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, a. 4, p. 109-163, jul./set. 2017, p. 11-13 (versão eletrônica). Disponível em: <[https://www.academia.edu/34638140/A\\_teoriza\\_do\\_dano\\_direto\\_e\\_imediato\\_no\\_Direito\\_Civil\\_brasileiro?auto=dowload](https://www.academia.edu/34638140/A_teoriza_do_dano_direto_e_imediato_no_Direito_Civil_brasileiro?auto=dowload)>. Acesso em: 30 set. 2018.

Quanto à primeira objeção, pode-se argumentar que, ainda que as teorias não apresentem soluções prontas e acabadas à totalidade dos casos, deve-se evitar que as decisões judiciais, neste aspecto, configurem-se como meramente arbitrárias e discricionárias,<sup>527</sup> gerando insegurança.<sup>528</sup> No mais, no que se refere ao segundo argumento, quanto à conexão irrepreensível entre a atecnia no exame da causalidade e a maior reparabilidade dos danos, é de se concluir que a correlação nem sempre será verdadeira: a debilidade da investigação pode servir, também, como justificativa para negar de forma acrítica a reparação da lesão.<sup>529</sup> Por fim, no que diz respeito à terceira refutação, relacionada à vagueza do conceito de causa necessária, a crítica parece ser suplantada com a constatação de que quase todas as teorias dependem, fundamentalmente, de algum juízo valorativo integrativo do magistrado.<sup>530</sup>

Por estas razões, e em resumo, seria prudente que a legislação a ser criada sobre a responsabilidade civil do Estado preveja, em seu teor, que a teoria da causalidade utilizável para a avaliação dos casos é aquela do dano direto e imediato, dentro da subteoria da necessariedade (ou seja, a identificação da causa necessária, a partir de um juízo de avaliação concreto).<sup>531</sup>

Todavia, ainda quanto ao nexo causal, é bem verdade que poderão ocorrer situações em que mais de uma causa necessária implique na ocorrência da lesão.<sup>532</sup> Nestas circunstâncias, estará configurada a causalidade concorrente.<sup>533</sup> A respeito deste assunto, torna-se pertinente que eventual legislação esclareça, conforme já adiantado outrora,<sup>534</sup> que em havendo mais de um lesante e um mesmo dano, a obrigação de reparar é solidária – reservando-se a discussão

<sup>527</sup> Conforme alerta Pablo Malheiros da Cunha Frota. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação...*, p. 61.

<sup>528</sup> Importante neste ponto, a advertência explicitada por Anderson Schreiber. Para ele, a análise das decisões revela externalidades negativas. O motivo advém do fato de que a ampla margem de discricionariedade na aferição da causalidade jurídica resulta em decisões incoerentes, implicando em um aspecto de insegurança com relação às responsabilidades. Ademais, a liberdade com que o tema é trabalhado pelo Poder Judiciário estimula a realização de pedidos de reparação, subsidiados cada vez mais nos infortúnios da vítima, do que em uma possibilidade jurídica de se atribuir a responsabilidade ao (suposto) causador indicado. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, p. 65.

<sup>529</sup> Nas palavras de Pablo Malheiros da Cunha Frota: “(...) o uso equivocado (ou não) das mencionadas teorias do nexo causal serve tanto para imputar a responsabilidade àquele que deve reparar o dano, como para espantar tal possibilidade”. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação...*, p. 60.

<sup>530</sup> Consoante adverte Gisele Sampaio da Cruz. CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema...*, p. 83.

<sup>531</sup> O que solidifica a indispensabilidade de verificação quanto à interrupção, ou não, do nexo causal. A doutrina costuma referir-se ao exame dessa situação como hipóteses de concausalidades, que poderiam ser concomitantes ou sucessivas. Sobre o assunto, a partir de uma análise fundamentada na teoria do dano direto e imediato (sob o viés da necessariedade), cf.: TEPEDINO, Gustavo. *Nexo de Causalidade...*, p. 114-116. Realizando a análise sobre o enfoque de outras teorias, cf.: REINIG, Guilherme Henrique Lima. *A teoria...*, p. 13-19.

<sup>532</sup> A constatação é de Gisele Sampaio da Cruz. CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema...*, p. 109.

<sup>533</sup> Fernando Noronha salienta importante divisão para os casos de autoria plural: nas circunstâncias em que ocorrer unicidade de causa, restará configurada a coautoria; ao contrário, quando houver pluralidade de causas, o caso será efetivamente de concorrência de causas. Para uma análise do assunto de forma mais acurada, cf.: NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 668 e ss.

<sup>534</sup> Cf. capítulo 1 desta parte II.

quanto à importância da participação apenas à ocasional ação de regresso.<sup>535</sup> Ademais, no que se refere ao critério para a divisão da responsabilidade na ação de regresso, Rodrigo Valgas dos Santos enuncia que, normalmente, recorrem-se aos seguintes sistemas de divisão: i) paridade (em que o dano é dividido em partes iguais); ii) gravidade da culpa (investiga-se a proporção da culpa); iii) nexo causal (a distribuição do dano ocorre na medida da eficácia causal da conduta).<sup>536</sup> Contudo, como aponta Fernando Noronha, para as hipóteses de responsabilidade objetiva – como é a do Estado – o sistema mais adequado é o do nexo causal.<sup>537</sup>

Assentada a discussão sobre o nexo causal (e sobre os reflexos do debate em uma legislação sobre a responsabilidade extracontratual do Estado), torna-se crucial adentrar, detidamente, no exame das excludentes da responsabilidade – matéria, como já afirmado, de trato indispensável em uma lei sobre a obrigação reparatória.<sup>538</sup> No geral, são apresentadas como situações de não responsabilização: o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo de terceiro e o fato exclusivo da vítima.<sup>539</sup> Convém iniciar a exposição pelos dois primeiros.

Inicialmente, vale dizer que não existe consenso doutrinário quanto à definição de caso fortuito e força maior,<sup>540</sup> subsistindo vários critérios para a separação entre as duas categorias.<sup>541</sup> Todavia, a adoção de um ou outro posicionamento, em termos de responsabilidade civil do Estado (objetiva), pode implicar no afastamento ou não da

<sup>535</sup> Neste cenário, vale dizer, não se enquadram os contextos em que estiverem envolvidos como causa a força maior ou o próprio lesado (como será visto em sequência).

<sup>536</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo Causal...*, p. 281 (em especial, nota “39”).

<sup>537</sup> NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 687.

<sup>538</sup> O objetivo, aqui, é tão somente o de identificar quais seriam as excludentes, sem pretensão de esgotar o seu tratamento.

<sup>539</sup> Apenas a título de exemplo, enunciando as excludentes citadas como aquelas aptas a afastar a responsabilização estatal, cf.: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito...*, p. 862; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 712; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 222; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo Causal...*, p. 283.

<sup>540</sup> A divergência é identificada por, entre outros: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 605; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 820-821.

<sup>541</sup> Fernando Noronha explicita, de forma sistemática, que tradicionalmente são apontados os seguintes critérios: i) o caso fortuito seria o evento (natural ou humano) normalmente imprevisível, ao passo que a força maior diria respeito ao acontecimento (natural ou humano) irresistível, ainda que pudesse ser previsto; ii) a força maior corresponderia à ações humanas, que não envolvessem o fato do próprio lesado ou de terceiro, e o caso fortuito deveria ser entendido como a manifestação de forças da natureza; iii) o caso fortuito seria um risco interno, e a força maior, ao contrário, um risco externo (ou fortuito externo). NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 628-635.



responsabilização – o que gera a necessidade de que a lei resolva expressamente esta querela.<sup>542</sup> E qual, então, o significado que pode ser atribuído a cada um deles?

Ao que parece, o entendimento mais acertado é aquele que considera o caso fortuito como o acontecimento associado ao próprio atuar do Estado (ainda que irresistível), destacando-se, portanto, pela sua interioridade (imbricado a uma conduta comissiva). Já a força maior, ao seu turno, seria o evento que se apresenta como irresistível e não está relacionado a qualquer ação estatal, e sim a um evento externo da natureza.<sup>543</sup> Ou seja, o caso fortuito seria um fato irresistível, e a força maior, para além dessa característica, seria caracterizada também pela externidade.<sup>544</sup> Dentro desta discussão, apesar de ser comum à menção, também, ao atributo da imprevisibilidade (para qualificar tanto o caso fortuito quanto à força maior), nota-se que o que realmente figura como importante é que o acontecimento seja irresistível.

Com isso, a consequência da diferenciação, nestes termos, é a de que o caso fortuito não exclui a responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que está relacionado com o risco criado pela própria atividade exercida. Já a força maior, por ser um evento externo, afasta a obrigação reparatória do Estado.<sup>545</sup>

Assim, a força maior pode ser causa excludente, ao contrário do caso fortuito. Contudo, a força maior elidirá a responsabilidade apenas nas situações em que esta se apresentar unicamente como a causa necessária ao surgimento do dano. Se, todavia, houver concorrência de alguma conduta estatal, haverá concorrência de causas, e o Estado deverá ser responsabilizado pela parcela do dano que possa ser considerada fruto de sua participação –

<sup>542</sup> A questão pode ser depreendida da argumentação desenvolvida por Edmir Netto de Araújo. Em um cenário de prevalência de uma teoria subjetiva, o caso fortuito e a força maior implicavam, ambos, na exclusão da responsabilidade. Todavia, em um cenário de responsabilização objetiva (pautada predominantemente pelo risco), e dependendo do critério utilizado para diferenciar as duas categorias, a solução tende a não ser a mesma. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 837. Corroborando com esta afirmação, nota-se que o Código Civil, que possui como regra geral a responsabilidade subjetiva, acabou por igualar os conceitos (art. 393, p.º.: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”).

<sup>543</sup> Conforme bem aponta Ricardo Marcondes Martins. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade...*, p. 379-380.

<sup>544</sup> Isto porque, segundo Fernando Noronha, “há fatos que são imprevisíveis e irresistíveis, mas que devido a circunstância de estarem ligados à atividade desenvolvida por uma pessoa e só acontecerem devido a ela, não podem ser considerados inevitáveis: se a pessoa se abstivesse de atuar, eles não se verificariam. NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 654-655.

<sup>545</sup> Ressaltando que o caso fortuito não exclui a responsabilidade estatal do Estado, ainda que não adotando especificamente esta construção: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 822; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1057; GABARDO, Emerson. *Responsabilidade...*, p. 270 (em especial, nota “19”).



atenuando-se, portanto, a obrigação.<sup>546</sup> No mais, consoante se disse, para além da força maior, o fato exclusivo de terceiro também costuma ser apontado como causa excludente.

O fato de terceiro, como o próprio nome sugere, ocorre quando o ato é praticado por um elemento estranho à relação Estado-lesado.<sup>547</sup> Contudo, o acontecimento só conduz ao afastamento quando a conduta perpetrada, por este terceiro, é exclusivamente ocasionadora do dano.<sup>548</sup> Existindo, contrariamente, contribuição do Estado para a efetivação do prejuízo, a hipótese será de concorrência de causas, mas a responsabilização será em princípio solidária (cogitando-se da proporção das participações apenas em eventual ação de regresso, como anteriormente exposto). Para o fato de terceiro, também vale a necessidade de preenchimento dos requisitos da irresistibilidade e externidade.<sup>549</sup> Todavia, a externidade deve ser entendida, aqui, como aquela conduta, inevitável, que não guardar relação com os riscos envolvidos no desempenho da atividade.<sup>550</sup>

Observação importante é como manejar as excludentes acima indicadas em casos de responsabilidade estatal por omissão, na medida em que, por vezes, esta dirá respeito ao não impedimento de um resultado lesivo derivado de fatos da natureza ou comportamentos materiais de terceiros – a que o Estado estava obrigado a evitar.<sup>551</sup> A chave para a compreensão do problema reside, fundamentalmente, no seguinte: i) com relação ao fato da natureza, este só se configurará como “força maior”, presente o dever de agir do Estado, quando demonstrada a irresistibilidade;<sup>552</sup> ii) no caso do fato de terceiro, a atenção deve estar voltada para a imprescindibilidade de que, além da irresistibilidade, o comportamento material esteja fora do âmbito dos riscos inerentes àquela atividade desenvolvida.<sup>553</sup>

<sup>546</sup> Considerando-se, aí, de acordo com os critérios outrora elencados, a responsabilidade em função da eficácia causal da conduta. Compactuando deste entendimento, cf.: NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 628-673; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo Causal...*, p. 288-289.

<sup>547</sup> Como esclarece Edmir Netto de Araújo. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 836.

<sup>548</sup> Consoante alerta Rodrigo Valgas dos Santos. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo Causal...*, p. 286.

<sup>549</sup> NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 655. Na verdade, ao lado dos dois, também é apontada a imprevisibilidade. Contudo, nos termos já delineados, o que realmente interessa é a irresistibilidade.

<sup>550</sup> O entendimento compactua com a ideia de fortuito interno e externo, devendo o fato de terceiro, para excluir a responsabilidade, configurar-se como este último. Sobre esta, cf.: SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, p. 69-70; FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, p. 1-27, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Fraz%C3%A3o-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2018.

<sup>551</sup> Trata-se de ponderação realizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 823.

<sup>552</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza-se de exemplo esclarecedor: “sirva de exemplo o alagamento de casas ou depósitos por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que lhe teriam dado vazão”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1040-1050.

<sup>553</sup> Neste sentido, Igor Bedone Volpato ressalta a necessidade de o risco estar vinculado ao âmbito de proteção da norma violada. BEDONE, Igor Volpato. *Imputação...*, p. 213.

Por fim, quanto ao fato exclusivo da vítima,<sup>554</sup> a última das excludentes, e em síntese, duas são as possibilidades: i) se o lesado foi o único causador do seu próprio dano, a hipótese é de autolesão, inexistindo qualquer responsabilidade civil do Estado; ii) todavia, se este último participou conjuntamente com a vítima para a produção do prejuízo, deve ser responsabilizado na medida da extensão de sua conduta.<sup>555</sup> Ou seja, nestas situações, existindo concorrência de causas, a responsabilização do Estado será atenuada.

Assim, como se viu, as causas excludentes da obrigação reparatória estatal são a força maior, o fato exclusivo de terceiro e o fato exclusivo da vítima. Relevante, neste ponto, que a lei discrimine estas hipóteses, ressaltando a taxatividade do rol. Não são, portanto, causas excludentes da responsabilidade o estado de necessidade, o exercício regular do direito e a reserva do possível.<sup>556</sup>

Na realidade, o estado de necessidade, o exercício regular do direito e, inclusive, a legítima defesa tratam-se, como visto,<sup>557</sup> das denominadas causas de justificação, que podem eventualmente impedir que o prejuízo seja qualificado verdadeiramente como uma lesão a direito, quando remanesça o dever jurídico de suportar.<sup>558</sup> Como se infere, assim, não se trata de uma excludente da responsabilidade (relacionada, desta feita, com o nexo causal), mas sim de hipóteses em que o prejuízo, eventualmente, não se caracterizará como um dano.

<sup>554</sup> A excludente é tradicionalmente denominada de “culpa exclusiva da vítima”. No entanto, consoante a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) a culpa do lesado não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1056. Por isso mesmo, conforme aponta Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, convém substituir a expressão culpa exclusiva da vítima por fato exclusivo da vítima. GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Hipóteses...*, p. 326.

<sup>555</sup> Como bem aponta José dos Santos Carvalho Filho. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 604. No mesmo sentido, e a título exemplificativo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1057; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 712; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 822; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 222; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Hipóteses...*, p. 331-332.

<sup>556</sup> Edmir Netto de Araújo entende que o estado de necessidade seria verdadeiramente uma “excludente autêntica” da responsabilidade. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 838-840. Marçal Justen Filho, por sua vez, aponta o exercício regular do direito como hipótese de afastamento da obrigação reparatória estatal, na medida em que nestas circunstâncias haveria a presunção da ocorrência do fato exclusivo de terceiro ou de caso fortuito ou força maior. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1412. Ainda, para Juarez Freitas, a reserva do possível afastaria a responsabilização (genericamente), diante da impossibilidade manifesta de cumprimento do dever. FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, p. 170.

<sup>557</sup> Cf. capítulo 3 desta parte II.

<sup>558</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil...*, p. 224-226.

Quanto à reserva do possível, construção que remonta ao Tribunal Constitucional Alemão,<sup>559</sup> vê-se que, a despeito de sua concepção original,<sup>560</sup> a ideia está correlacionada com a possibilidade (fática e financeira) do Estado agir para o cumprimento do dever.<sup>561</sup> Com base nisso, Juarez Freitas argumenta que inexistiria a concretização do nexo causal quando verificável a impossibilidade motivada do cumprimento das diligências públicas. Como consequência, a reserva do possível se qualificaria como verdadeira excludente do nexo causal.<sup>562</sup> Entretanto, não se pode concordar com a colocação.

Primeiramente, porque, entendida desta forma, a reserva do possível não se apresentaria como autêntica excludente do nexo causal, eis que este último estaria perfeitamente identificado com a relação existente entre eventual dano e a conduta estatal. Admitida neste sentido, a objeção se constituiria, e na realidade, como pressuposto autônomo do dever de reparar (ao lado da conduta, dano e nexo de causalidade).<sup>563</sup> E, assim, pelos mesmos motivos já expostos,<sup>564</sup> não se pode aceitar a inclusão da reserva do possível como elemento necessário à responsabilização.<sup>565</sup> O acatamento significaria retomar a análise do elemento subjetivo da conduta, eis que, se não houve a possibilidade de cumprimento do dever, é porque não houve culpa. Ademais, significaria autorizar que a reserva do possível se configurasse, inclusive, como

<sup>559</sup> Consoante apontam, entre outros, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50, p. 29.

<sup>560</sup> Trata-se de conceito originalmente formulado para expressar que o conteúdo dos direitos sociais estava relacionado com aquilo que o indivíduo razoavelmente poderia exigir da sociedade. Cf.: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 89-122. No mesmo sentido, cf., entre outros: PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (coords.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 117-133, p. 124.

<sup>561</sup> De acordo com Ana Lúcia Pretto Pereira, a reserva do possível representa “(...) a impossibilidade do ente estatal entregar, de imediato, em razão de limitações de ordem econômica, jurídica e política, a prestação a que esteja obrigado”. PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 98.

<sup>562</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade..., p. 178.

<sup>563</sup> Conforme inclusive já foi apontado (capítulo 2 desta parte II). Convém lembrar as lições de Daniel Wunder Hachem: “(...) a doutrina, especialmente na Espanha e na Argentina, tem o hábito de adicionar um quarto requisito para a configuração da responsabilidade nos casos de omissão: (d) a possibilidade material de agir. Para essa corrente, o Estado deve gozar de condições necessárias - financeiras, jurídicas, fáticas - para cumprir adequadamente o dever emanado do sistema normativo; do contrário, não poderá ser responsabilizado”. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1152.

<sup>564</sup> Cf. capítulo 2 desta parte II.

<sup>565</sup> Como defende Romeu Felipe Bacellar Filho. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil...*, p. 243. De igual forma, Ana Lúcia Pretto Pereira. Segundo ela, nos casos envolvendo a reserva do possível, “a responsabilidade continua existindo, e o que se admite é que a reserva do possível permita que as ações decorrentes dessa responsabilidade sejam realizadas num momento futuro, inclusive determinável judicialmente”. PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível...*, p. 98.

um obstáculo à realização de direitos fundamentais, tendo em vista que a reparação de ocasionais violações a estes estaria submetida a avaliação das possibilidades do Estado.<sup>566</sup>

Todavia, após a exposição das excludentes, e terminada toda a explanação relacionada ao nexo causal, deve-se ao menos indicar a possibilidade de o Estado ser responsabilizado sem a presença de um nexo de causalidade adequado. Tratam-se das hipóteses convencionalmente denominadas de responsabilidade estatal por risco integral, em que não se admitem as excludentes tradicionais.<sup>567</sup> Nestas circunstâncias, efetivamente, o que se exige é tão somente que o dano guarde estreita conexão com a atividade desempenhada.<sup>568</sup> Assim, o que se visualizaria seria um dever geral de cautela que não admitiria nenhuma limitação.<sup>569</sup> Contudo, por se tratarem de hipóteses excepcionais,<sup>570</sup> a abordagem demandaria legislação específica. Citam-se, como exemplos, as hipóteses de danos nucleares e ambientais.<sup>571</sup>

Cumprido ao final, e conforme os demais capítulos, realizar um comparativo entre as conclusões obtidas e a legislação proposta pelas proposições da Câmara e do Senado.<sup>572</sup> Retomando-se as ideias, e em apertada síntese, o que se identificou, quanto à eventual legislação, foi: i) a necessidade de expressa adoção da teoria do dano direto e imediato, sob o viés da necessidade; ii) a identificação das consequências envolvendo a causalidade concorrente, em que a responsabilidade será prioritariamente solidária; iii) a indispensabilidade de discriminação das excludentes, quais sejam: força maior, fato de terceiro e fato exclusivo da vítima; iv) a previsão de que, havendo concorrência entre as excludentes e um comportamento estatal, a responsabilidade será atenuada (com exceção do fato de terceiro, que recairá na regra geral da solidariedade da concorrência causal).

Com relação à proposição da Câmara, quanto ao nexo causal, a proposta apenas restringe-se a asseverar a necessidade de que este se figure presente, sem adotar nenhuma teoria

<sup>566</sup> Os argumentos foram apresentados por Daniel Wunder Hachem. HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão..., p. 1152-1153.

<sup>567</sup> Nos termos destacados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em que pese muitas vezes a indicação doutrinária quanto à inexistência de diferença entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo (conforme distinção originalmente formulada por Helly Lopes Meirelles), pode-se visualizar situações em que se pode cogitar da aplicabilidade da responsabilidade ilimitada. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 818.

<sup>568</sup> A advertência é de Fernando Noronha. O autor denomina a responsabilidade pelo risco integral de responsabilidade objetiva agravada. NORONHA, Fernando. *Direito...*, p. 667.

<sup>569</sup> Isto porque, como destacado outrora, o risco criado pelo desenvolvimento de certa atividade pode ser considerado, também, como uma fonte do dever de agir. Cf. capítulo 2 desta parte II.

<sup>570</sup> Na medida em que sua aceitação de forma irrestrita poderia significar um alargamento exagerado da responsabilização estatal, em violação ao princípio da proporcionalidade, que, na formulação de Juarez Freitas, impõe que o Estado não seja nem segurador universal, nem omissivo. FREITAS, Juarez. Responsabilidade..., p. 177.

<sup>571</sup> Como aponta Igor Volpato Bedone. BEDONE, Igor Volpato. *Imputação...*, p. 194-195.

<sup>572</sup> Relembrando: PL nº 412/2011 e PLC nº 125/2017, respectivamente.

– ao contrário do que foi exposto.<sup>573</sup> Ademais, quanto à concorrência de causas, adotou-se como regra a proporcionalidade da responsabilização, quando, ao que parece, o mais correto seria utilizar como parâmetro primeiro a solidariedade da composição.<sup>574</sup> No que se refere às excludentes, a solução legislativa prevê, de forma equivocada, ao lado da força maior, fato de terceiro, e fato exclusivo da vítima, o caso fortuito.

No que tange à proposta do Senado, verificam-se os mesmos infortúnios acima descritos do projeto da Câmara quanto às situações de concorrência de causas e no que se relaciona à discriminação das excludentes.<sup>575</sup> Ainda, apesar de prever acertadamente o fato concorrente da vítima como atenuante, a proposição falha ao não indicar que a força maior também pode cumprir com este papel.<sup>576</sup> Ademais, o texto adota a teoria do dano direto e imediato em sua formulação original, quando a construção mais adequada, conforme visto, é a teoria do dano direto e imediato dentro da subteoria da necessariedade.<sup>577</sup> Inobstante, a proposição apresentada também confunde, erroneamente, o nexo de causalidade com culpa.<sup>578</sup>

---

<sup>573</sup> Art. 5º.

<sup>574</sup> Art. 6º, p.ú. e art. 7º. O que se destacou, outrora, foi que o exame da proporção (com base na eficácia do nexo causal), desde logo, somente seria possível quando presente a concorrência do comportamento estatal com a força maior ou o fato da vítima (casos em que as excludentes funcionariam como atenuantes).

<sup>575</sup> Art. 15 e art. 14, *caput*, respectivamente.

<sup>576</sup> Art. 14, p.ú.

<sup>577</sup> A adoção da teoria do dano direto e imediato depreende-se do art. 5º.

<sup>578</sup> É o que pode ser observado no art. 5º, § 1º.

### PARTE III – A LEI NACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ENFRENTAMENTO DAS DEMAIS QUESTÕES RELATIVAS À SUA DISCIPLINA BÁSICA E A APRESENTAÇÃO DO ANTEPROJETO DE LEI

#### Capítulo 1 – A reparação do dano e o direito de regresso

Consoante se aventou anteriormente,<sup>579</sup> eventual legislação nacional que se dispusesse a disciplinar de forma geral a responsabilidade civil do Estado deveria abordar, para além das denominadas questões capitais,<sup>580</sup> a responsabilidade no exercício das funções legislativa e judicial, bem como o direito de regresso. Para além disso, a lei também teria de se voltar ao tratamento dos aspectos processuais atinentes ao tema.

Neste capítulo, então, serão enfrentadas duas destas matérias: os aspectos processuais e o direito de regresso, diante da afinidade existente entre estes tópicos,<sup>581</sup> incluindo também – e como não haveria de ser diferente – o exame de temas conexos. Cumpre-se advertir que as observações aqui realizadas valem para todas as pessoas abrangidas pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal, para além da figura do Estado em perspectiva restrita (enquanto pessoa política), e, quanto a este último, para o exercício não só da função administrativa, como da legislativa e judicial (com uma importante exceção com relação à função legislativa).<sup>582</sup>

Feitas estas considerações, vê-se que, causado o dano a terceiro, surge a necessidade da reparação. Contudo, importante que a lei sobre a responsabilidade civil do Estado esclareça que os terceiros abrangidos pelo art. 37, §6º da Constituição Federal,<sup>583</sup> independente da pessoa jurídica envolvida, são todos aqueles que não o próprio responsável pelo dano.<sup>584</sup> Isto porque, já houve controvérsia quanto à extensão do vocábulo “terceiros” para as situações envolvendo as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos.<sup>585</sup>

<sup>579</sup> Cf. capítulo 4 da parte I.

<sup>580</sup> Abordadas na parte II.

<sup>581</sup> Consoante será demonstrado no decorrer deste capítulo.

<sup>582</sup> Trata-se do direito de regresso, como se verá no capítulo 2 desta parte III.

<sup>583</sup> Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem a terceiros* (...)”.

<sup>584</sup> Consoante resume Irene Patrícia Nohara. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 865. Neste sentido, também: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1384-1385.

<sup>585</sup> O Supremo Tribunal Federal posicionou-se, outrora, no sentido de que a responsabilidade objetiva destes entes se daria apenas com relação aos usuários do serviço (RE nº 262.651/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/11/2005, DJ 06/05/2005). Contudo, posteriormente, em sede de repercussão geral, definiu que a responsabilização objetiva destas pessoas jurídicas se dirige tanto aos usuários, quanto aos não usuários (RE nº 591.874/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe 17/12/2009). Sobre esta discussão, cf.: BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade Extracontratual das Pessoas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 607-624, p. 611-617.



Neste sentido, vale ressaltar que o Estado tem o dever de comportar-se ativamente visando à reparação do dano, quando não subsistam dúvidas sobre a sua responsabilidade.<sup>586</sup> Esta obrigação deve restar-se cristalizada em eventual legislação, encontrando-se em sintonia com a essencialidade de se privilegiar uma tutela administrativa efetiva.<sup>587</sup> Contudo, inexistindo a composição espontânea do dano, faculta-se ao lesado buscar a reparação por intermédio de dois meios: o judicial e o administrativo.<sup>588</sup> E, é justamente no que se refere à reparação judicial do dano que exsurtem às problemáticas referentes aos aspectos processuais. Neste campo, três assuntos merecem destaque: i) a legitimidade passiva na ação de responsabilidade civil do Estado; ii) o exercício do direito de regresso; iii) a viabilidade de denunciação da lide do agente público. Começa-se a explanação pelo primeiro dos pontos salientados.

Quando o assunto é a legitimidade passiva em uma demanda indenizatória de responsabilização estatal, como bem destaca Rafael Carvalho Rezende Oliveira, dois são os posicionamentos doutrinários: i) a ação só pode ser proposta em face do Estado, sendo incabível o acionamento direto do agente; ii) a ação pode ser direcionada em desfavor do Estado, do agente público, ou mesmo de ambos, em litisconsórcio passivo facultativo.<sup>589</sup> Ademais, pode-se dizer que não existe, também, consenso jurisprudencial, estando a matéria atualmente em discussão perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>590</sup>

<sup>586</sup> Nos termos das lições de Egon Bockmann Moreira, não se pode “sustentar que a previsão do § 6º do art. 37 da Constituição somente tivesse incidência a *posteriori* de requerimento administrativo e/ou judicial”. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 146. Igualmente, cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1423.

<sup>587</sup> Consoante aponta Daniel Wunder Hachem, a tutela administrativa efetiva, entre outros elementos, relaciona-se com o direito fundamental do cidadão de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela espontânea, integral e igualitária de seus direitos. HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 291.

<sup>588</sup> Neste sentido, entre outros, cf.: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 620; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 721; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1119; ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade pessoal do agente público à luz do art. 37, § 6º, da Constituição da República. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 435-440, p. 437.

<sup>589</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 720. De acordo com Maurício Zockun, na hipótese de o pleito ser oferecido de plano diante do agente, a escolha seria irreversível. ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade pessoal..., p. 439-440.

<sup>590</sup> Trata-se, conforme já detalhado no capítulo 4 da parte I, do RE 1027633/SP.

Para aqueles que defendem a responsabilização direta do agente público (ou o litisconsórcio),<sup>591</sup> os argumentos seriam ao menos cinco. Primeiramente, aduz-se que a escolha do polo passivo da demanda está dentro do âmbito de decisão da própria vítima, cabendo exclusivamente a ela a opção.<sup>592</sup> Ademais, defende-se que o acionamento do Estado tratou-se de proteção adicional conferida ao lesado, em razão da pretensa solvibilidade daquele – o que, contudo, não significa retirar da vítima o direito de demandar diretamente contra o indivíduo responsável, ou contra este em conjunto com o Estado.<sup>593</sup>

O terceiro ponto levantado é o de que, em razão da ineficiência do regime de precatórios judiciais, ou mesmo da limitação financeira em concreto de alguma pessoa jurídica, seria mais benéfico ao terceiro prejudicado ajuizar a demanda diretamente em face do agente público – caso o patrimônio deste se demonstrasse suficiente.<sup>594</sup> Para além disso, sustenta-se que retirar a alternativa do vitimado em acionar desde logo o indivíduo significaria estimular este último a agir de modo desidioso, uma vez que o Estado majoritariamente não exerce o seu

<sup>591</sup> Citam-se, nesta corrente, e dentre outros: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1066-1074; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 622-623 (ressalvando-se os danos decorrentes de atividades judiciais, em que a ação só poderia ser movida diretamente contra o Estado); OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 721; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 835; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1121-1155, p. 1131; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1121; ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade pessoal..., p. 435-440.

<sup>592</sup> José Roberto Pimenta Oliveira, por exemplo, aduz que “o terceiro lesado pode ingressar em juízo contra o sujeito administrativo e/ou agente responsável (...) porque a forma de satisfação da pretensão do lesado está na sua própria esfera de decisão”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1131. Ressaltando a liberdade da escolha do vitimado, cf., ainda, e entre outros: ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade pessoal..., p. 439; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1069.

<sup>593</sup> A esse respeito, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1069. Na mesma linha: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 622; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 721; ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade pessoal..., p. 439.

<sup>594</sup> Destacando o argumento da ineficiência do regime de precatórios, cf., como exemplo: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 622. Sobre a solvibilidade do patrimônio do agente público, tem-se os apontamentos de Gustavo Tepedino: “Igualmente restritiva mostra-se a interpretação que rejeita a propositura de ação indenizatória diretamente contra o funcionário (...). A hipótese ocorre com frequência, sobretudo quando a prova da culpa ou dolo se mostra evidente e a execução contra o patrimônio do agente se apresenta, para o autor, mais atraente (imagina-se o não implausível contraste: de um lado, o robusto patrimônio do funcionário faltoso e, de outro, os cofres endividados de um modesto município)”. TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 173-197, p. 195-196. Identificando a limitação financeira e a ineficiência do regime de precatórios como problemas intrínsecos ao próprio modelo de responsabilidade civil do Estado, cf.: FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado no Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 117-136, jul. 2017, p. 121-127.

direito de regresso.<sup>595</sup> Por fim, alega-se também que a responsabilidade subjetiva do agente não se origina tão somente após a prévia condenação do Estado, motivo pelo qual não se pode excluir a responsabilização direta do causador do dano.<sup>596</sup>

Todavia, a despeito das justificativas aduzidas pelos defensores do alargamento do polo passivo na ação de reparação do Estado, nenhuma delas, ao que parece, é capaz de afastar um argumento chave para o reconhecimento da ilegitimidade passiva do agente público em face da vítima: o princípio da impessoalidade.<sup>597</sup> Como bem aponta José Afonso da Silva, o mencionado princípio materializa-se na concepção de que os agentes públicos são tão somente os órgãos através dos quais a vontade do Estado é manifestada. Desta forma, o terceiro não se confrontaria com o responsável pelo cometimento do ato, mas sim com a entidade cujo interesse foi exprimido por aquele.<sup>598</sup> Trata-se, assim, de uma relação orgânica, em que agentes e Estado não se bipartem, sendo considerados, ao contrário, como uma unidade.<sup>599</sup>

Igualmente, Clóvis Beznos assevera que em sua relação com os terceiros, o agente não é pessoa, devendo ser compreendido apenas como um integrante do ente ao qual está vinculado; todavia, em seu relacionamento funcional com a pessoa jurídica, o agente possui personalidade, o que garante o exercício do direito de regresso.<sup>600</sup> Assim, e em síntese, se o agente não atua em nome próprio, inviável a sua responsabilização direta.<sup>601</sup>

Por isso, em razão do princípio da impessoalidade, inexistente a possibilidade de a ação reparatória ser intentada diretamente contra o agente (ainda que em litisconsórcio passivo),

<sup>595</sup> É esse o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1069. Sobre a ausência do exercício do direito de regresso, anote-se também a crítica de Rodrigo Valgas dos Santos. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo Causal e Excludentes da Responsabilidade Extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 268-292, p. 273.

<sup>596</sup> Como argumenta Maurício Zockun.: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade pessoal...*, p. 439.

<sup>597</sup> O princípio encontra-se explicitado de forma expressa no art. 37 da Constituição Federal.

<sup>598</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 678-679.

<sup>599</sup> A relação orgânica entre agentes e Estado é identificada por Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1040-1041.

<sup>600</sup> BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade Extracontratual do Estado – a responsabilidade exclusivamente regressiva do agente público em face do princípio da impessoalidade. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 199-125, p. 121.

<sup>601</sup> A conclusão é de Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem. Os autores utilizam-se do seguinte exemplo: “Assim, de acordo com a teoria do órgão, o Prefeito Municipal, por exemplo, no uso de suas atribuições, atua em nome do órgão por ele representado: a Prefeitura Municipal. Desta sorte, qualquer dano causado em decorrência da execução de um convênio firmado pela Prefeitura Municipal tem necessariamente de ser imputado à pessoa jurídica à qual está vinculada: o Município”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. *IP – Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 12, n. 60, p. 25-62, mar./abr. 2010, p. 9 (versão eletrônica).

fazendo-se necessário que a lei ateste claramente este impedimento. Em complementação, importante ressaltar que parcela da doutrina posiciona-se pela vedação do acionamento direto com base na própria redação do art. 37, § 6º da Constituição Federal, que atestaria que a responsabilidade do agente seria apenas indireta e subjetiva.<sup>602</sup> Aponta-se, também, como razão da inviabilidade, a teoria da dupla garantia, que se fundamenta no fato de o texto constitucional ter conferido uma proteção ao agente público, assegurando-lhe a garantia de só poder ser demandado regressivamente pelo Estado.<sup>603</sup>

Ocorre que o reconhecimento da proibição ao lesado em demandar, de plano, o agente público (ou ainda de instituir um litisconsórcio) implica invariavelmente na análise do segundo aspecto processual anteriormente delineado: o exercício do direito de regresso. No entanto, a especificação dos requisitos necessários à sua operacionalização pelo Estado confunde-se com o próprio entendimento do direito material de regresso em si, e por isso o tratamento deste último em conjunto com os aspectos processuais.

Desta feita, o direito material de regresso, previsto no texto constitucional,<sup>604</sup> nada mais é do que a garantia assegurada ao Estado de direcionar sua pretensão indenizatória em desfavor do agente efetivamente responsável pelo dano (quando identificável).<sup>605</sup> No âmbito do

---

<sup>602</sup> É o caso, por exemplo, de Emerson Gabardo e Nahima Peron Coelho, para quem a Constituição seria clara em atestar a responsabilidade objetiva e direta das pessoas jurídicas e subjetiva e indireta dos agentes. GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 38, p. 111-128, out./dez. 2009, p. 122. Dentro deste contexto, cf., ainda: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias..., p. 9-10.

<sup>603</sup> Sobre a teoria da dupla garantia, cf. o seguinte aresto paradigmático do Supremo Tribunal Federal: “Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular” (RE 327904, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08/09/2006). Criticando a teoria da dupla garantia, por constituir-se em uma blindagem inconstitucional ao agente, cf.: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1142-1143. Em sentido contrário, reconhecendo que a proteção ao agente estaria em consonância com o interesse público, cf.: BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade Extracontratual..., p. 124.

<sup>604</sup> Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, *assegurado o direito de regresso contra o responsável* nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>605</sup> Trata-se da síntese elaborada por José dos Santos Carvalho Filho. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 625. De igual forma, José Roberto Pimenta Oliveira salienta que o direito de regresso se trata da competência pública de determinar, em face dos agentes públicos, a recomposição dos prejuízos imputados ao patrimônio das pessoas jurídicas. O autor, em interessante abordagem, pontua que o direito de regresso é decorrência dos princípios republicano, da soberania popular, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da moralidade, da igualdade e da impessoalidade. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1123-1126.

processo, este é exercitado ordinariamente por intermédio da ação regressiva,<sup>606</sup> que não possui tratamento específico uniforme na legislação processual civil.<sup>607</sup> No entanto, essa ação regressiva, pelas próprias características do direito material de regresso consagrado no art. 37, § 6º da Constituição Federal, necessita preencher alguns requisitos – que devem ser consagrados na lei destinada à responsabilidade civil do Estado.

O primeiro deles é a necessidade de demonstração de dolo ou culpa dos indivíduos,<sup>608</sup> pois a responsabilidade destes é apenas subjetiva,<sup>609</sup> inexistindo responsabilização regressiva por atos lícitos. Ocorre que, neste ponto, revela-se importante que a legislação deixe claro que a responsabilidade regressiva subjetiva, por culpa ou dolo, aplica-se de forma indistinta a todas as categorias de agentes.<sup>610</sup> A afirmação, que pode até mesmo parecer redundante, é de grande pertinência na medida em que, inclusive por intermédio de lei, a possibilidade do acionamento regressivo de alguns agentes tem sido reduzida tão somente aos casos de comportamentos dolosos.<sup>611</sup>

Porém, conforme afirmam Emerson Gabardo e Nahima Peron Coelho Razuk, a ação regressiva pode pautar-se, independente da categoria do responsável, somente pela culpa, em conformidade com o art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>612</sup> Isto porque, como adverte Yussef Said Cahali, os parâmetros para o regresso elencados constitucionalmente são absolutos, não comportando atenuação ou diminuição pelo legislador ordinário.<sup>613</sup> Por essa razão, indispensável que eventual legislação assegure, de forma clara, que todos os agentes poderão

<sup>606</sup> Consoante a nomenclatura tradicionalmente utilizada. Entre outros, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1072. Para José dos Santos Carvalho Filho, porém, “mais técnico (...) é considerá-la ação de indenização, pois o regresso não qualifica a ação e indica apenas que o direito de ação, de que é titular o Estado, deve ser exercido secundariamente, pressupondo o exercício prévio do direito de ação pelo lesado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 626.

<sup>607</sup> A constatação é de José Roberto Pimenta Oliveira. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1128. Na verdade, deve-se compreender a afirmação no sentido de inexistir uma disciplina específica uniforme em uma lei nacional. Veja-se, como bem lembra Irene Patrícia Nohara, que no âmbito federal, por exemplo, existe a Lei nº 4.619/1965. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 869.

<sup>608</sup> Por todos, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1066. O art. 37, § 6º estabelece de forma expressa que o direito de regresso está circunscrito aos “(...) casos de dolo ou culpa”.

<sup>609</sup> Nos termos da observação de, entre outros, Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Transferências voluntárias...*, p. 10.

<sup>610</sup> Salvo a exceção que será examinada no próximo capítulo.

<sup>611</sup> Neste viés, tem-se, como exemplo, no Código de Processo Civil: art. 143 (magistrados), art. 181 (Ministério Público), art. 184 (Advocacia Pública), e art. 187 (Defensoria Pública).

<sup>612</sup> GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Responsabilidade civil..., p. 121. A opinião dos autores é dada apenas no contexto da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. Ainda, sobre a possibilidade de responsabilização dos juízes por culpa, cf.: CLÉVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12. n. 47, p. 107-125, jan./mar. 2012, p. 116.

<sup>613</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 213. No mesmo sentido, cf.: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1132; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 869.







Afora a demonstração da culpa ou dolo, o segundo requisito da ação regressiva relaciona-se com o momento em que esta pode ser movida pelo Estado, ou seja, quando se origina o interesse de agir. Para alguns, a prévia condenação da pessoa jurídica, transitada em julgado, já autoriza o manejo da demanda em face do agente.<sup>621</sup> Em sentido contrário, para outra parcela da doutrina, a ação de regresso só poderia ser proposta após a efetiva reparação do dano.<sup>622</sup> Acertado, neste ponto, o posicionamento que exige a prévia compensação do prejuízo, na medida em que admitir a propositura da ação logo após a condenação judicial poderia viabilizar, em algumas situações, o enriquecimento sem causa do Estado.<sup>623</sup> Contudo, válida a observação de que, no caso das pessoas jurídicas englobadas no conceito de Fazenda Pública, e do efetivo pagamento de indenizações, o interesse processual surge desde o momento da expedição do precatório ou da requisição.<sup>624</sup>

O terceiro requisito para o ajuizamento da ação de regresso, também diretamente imbricado com o interesse de agir, é a indispensabilidade de que o agente público não tenha consentido em efetuar o ressarcimento após requerimento administrativo promovido anteriormente pelo Estado. A afirmativa justifica-se na medida em que, ausente a discordância anterior por parte do agente, inexistente qualquer pretensão resistida que justifique a interposição direta da demanda judicial regressiva pelo Estado.<sup>625</sup>

Assim, como visto, a ação regressiva deve preencher cumulativamente os seguintes requisitos: a comprovação de dolo ou culpa do agente, a demonstração do efetivo prejuízo anterior (ainda que seja com a expedição da ordem de pagamento, na situação das pessoas jurídicas enquadradas na concepção de Fazenda Pública quando do adimplemento de indenizações) e a prévia recusa em ressarcir por parte do agente em âmbito administrativo. A

<sup>621</sup> Adotando este posicionamento, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1066; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 869; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Transferências voluntárias...*, p. 11. No Superior Tribunal de Justiça encontram-se arestos nesta linha. Cf., tratando especificamente da responsabilidade estatal: REsp 1501621/DF, Relator: Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 30/03/2015.

<sup>622</sup> Como representantes desta corrente, destacam-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 626-627; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 721; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1119.

<sup>623</sup> Consoante a síntese de Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “Não basta, portanto, o trânsito em julgado da sentença que condena o Estado na ação indenizatória, pois o interesse jurídico na propositura da ação regressiva depende do efetivo desfalque nos cofres públicos”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 721. Imagine-se, hipoteticamente, a não proposição do cumprimento de sentença pela vítima, ou a declaração da prescrição da pretensão executória.

<sup>624</sup> Consoante elucida José Roberto Pimenta Oliveira. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O direito de regresso...*, p. 1133.

<sup>625</sup> A exigência de prévia discordância do agente público em âmbito administrativo, para o exercício da ação regressiva, é alvo de questionamento formulado por Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado – Atividades notariais e de registro – RE 842.846*. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/responsabilidade-patrimonial-do-estado-atividades-notariais-zockun/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

exteriorização destes requisitos permite a compreensão do próprio direito material de regresso em si.

Porém, ainda sobre a ação regressiva, importante que a legislação da responsabilidade civil do Estado preveja: i) que o seu ajuizamento, presentes os requisitos, é um dever e não uma mera faculdade, sob pena de responsabilização daquele encarregado pela interposição;<sup>626</sup> ii) que a ação poderá ser intentada mesmo após o término do desempenho do cargo ou da função pública, e inclusive atingir os herdeiros e sucessores do responsável.<sup>627</sup>

Outro ponto crucial, ainda a respeito da demanda de regresso, é o aspecto relacionado à sua prescritibilidade, mesmo tratando-se de prejuízo ao erário. Sustenta-se, com base no art. 37, § 5º da Constituição Federal,<sup>628</sup> que a demanda regressiva, nesta situação, seria imprescritível.<sup>629</sup> No entanto, na esteira do pensamento de Emerson Gabardo,<sup>630</sup> o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em sede de repercussão geral, que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.<sup>631</sup> Assim, relevante que a lei esclareça que a ação regressiva, a despeito da pessoa jurídica envolvida, é prescritível.<sup>632</sup> O prazo prescricional, aqui, deve ser o mesmo daquele da ação indenizatória movida pela vítima contra o Estado, com fundamento no princípio da igualdade.<sup>633</sup> E, qual, então, o interstício a ser considerado?

Discute-se, na doutrina, o prazo prescricional para as ações de reparação propostas pela vítima. Dois são os entendimentos: i) a aplicabilidade, com fulcro no art. 206, § 3º, V do

<sup>626</sup> Realçando o caráter de obrigatoriedade, cf.: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 868; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 858-859.

<sup>627</sup> Como bem observa Diógenes Gasparini. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1123. Cf., também: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 869.

<sup>628</sup> Art. 37, §5º da Constituição Federal: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

<sup>629</sup> Por todos, cf.: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1144-1145.

<sup>630</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 312-314. Seguindo o mesmo entendimento: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias..., p. 11-12.

<sup>631</sup> RE nº 669.069, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 03/02/2016, DJe 28/04/2016. Sobre o julgamento, cf.: GABARDO, Emerson. *A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

<sup>632</sup> Sobre o assunto, cf., ainda: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 17, n. 68, p. 139-152, abr./jun. 2017.

<sup>633</sup> Conforme afirmam Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem. Segundo eles, “não haveria como se admitir, nesse influxo, que as ações propostas pela Fazenda Pública contra os particulares tivessem prazo prescricional diferenciado, sob pena de violação frontal ao direito fundamental de igualdade.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias..., p. 13.

Código Civil,<sup>634</sup> do prazo trienal;<sup>635</sup> ii) a incidência, com base no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 c/c art. 1º-C da Lei nº 9.494/1997,<sup>636</sup> do prazo quinquenal.<sup>637</sup> O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento afeto a disciplina dos recursos repetitivos, entendeu pela aplicação do interstício de 5 (cinco) anos.<sup>638</sup>

Neste ponto, o que se vê é que o principal argumento para os adeptos do prazo trienal está na incongruência em se estabelecer um prazo maior para a ação de responsabilidade contra o Estado, em comparação com as demandas indenizatórias movidas entre particulares.<sup>639</sup> Todavia, ainda que nada impedisse que uma legislação específica sobre a responsabilidade civil do Estado previsse um prazo prescricional igual àquele trazido pelo Código Civil, fato é que a redução poderia implicar em um efeito reflexo indesejável: como o lapso da ação reparatória deve ser o mesmo para a demanda regressiva, a adoção do prazo trienal significaria diminuir o tempo para que o Estado recomponha o prejuízo sofrido. Por esta razão, prudente que se mantenha o entendimento do prazo prescricional quinquenal.

Examinadas a legitimidade passiva e a ação regressiva (e o direito material de regresso, por consequência), cumpre-se analisar o último aspecto processual outrora apontado: a denunciação da lide nas ações de responsabilização estatal, tema cercado por controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.<sup>640</sup> A denunciação da lide trata-se de uma intervenção provocada

<sup>634</sup> Art. 206: “Prescreve”: §3º “Em três anos”: V – “a pretensão de reparação civil”.

<sup>635</sup> Nesta corrente, entre outros: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 621; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 724.

<sup>636</sup> Art. 1º do Decreto nº 20.910/1932: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”; Art. 1º-C da Lei nº 9.494/1997: “Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”.

<sup>637</sup> Como exemplo de autores partidários desta corrente, cite-se: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 408; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 896; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 837; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Transferências voluntárias...*, p. 13; GOMES, Mario Soares Caymmi. O novo Código Civil e os prazos de prescrição administrativa em caso de responsabilidade do Estado e de apossamento administrativo – um estudo a partir da jurisprudência do STF e do STJ. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 11, n. 46, p. 161-178, out./dez. 2011, p. 167-172.

<sup>638</sup> REsp 1251993/PR, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012.

<sup>639</sup> É o que se pode depreender, exemplificadamente, da argumentação de José dos Santos Carvalho Filho. Para ele, “se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto no 20.910/1932, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil)”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 621.

<sup>640</sup> Realçando a polêmica sobre o instituto nas ações de responsabilidade extracontratual estatal, cf.: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 870; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 722; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 834; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-69, p. 56.

de terceiro, em que este último é chamado a integrar o processo, porque uma demanda lhe é dirigida; a denunciação, assim, seria uma demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada.<sup>641</sup> No que se refere à obrigação reparatória estatal, a denunciação diz respeito à possibilidade de o Estado, na própria demanda movida pela vítima, exercer de forma antecipada o seu direito de regresso em face do agente público, sem que para isso tenha de se valer de uma ação regressiva autônoma. O fundamento legal seria o art. 125, II do Código de Processo Civil.<sup>642</sup>

Porém, existe grande discussão doutrinária em torno da possibilidade de denunciação da lide com base no supracitado dispositivo processual.<sup>643</sup> Fundamentalmente, existem duas correntes doutrinárias: a restritiva e a ampliativa.<sup>644</sup> Para a primeira, a denunciação da lide só seria permitida nos casos de garantia própria, ou seja, quando o denunciado fosse obrigado a garantir a demanda de forma automática, vencido o denunciante; como consequência, não seria possível a introdução de matéria nova ao processo a partir da lide regressiva.<sup>645</sup> É justamente este o entendimento que, majoritariamente, permeia a análise da denunciação da lide nas situações envolvendo o agente público.

Veja-se que vários autores se posicionam contrariamente à denunciação do agente, notadamente por esta significar a introdução de um fundamento novo à lide: no caso, a discussão de dolo ou culpa.<sup>646</sup> Outros, ainda que admitindo a intervenção, procuram

<sup>641</sup> As características são apontadas por Fredie Didier Júnior. É incidente porque diz respeito a uma demanda nova em processo já existente. No mais, é também regressiva, pois o denunciante visa ao ressarcimento pelo denunciado de eventuais prejuízos que porventura venha a sofrer. Para além disso, a denunciação é caracterizada pela eventualidade, na medida em que a pretensão regressiva só será examinada caso o denunciante perca a ação principal. Por fim, revela-se como uma demanda antecipada, pois o denunciante, antes mesmo de sofrer qualquer prejuízo, reivindica a responsabilidade do terceiro (o que, tradicionalmente, poderia ser encarada como uma demanda sem interesse de agir). DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 555-557.

<sup>642</sup> Art. 125: “É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo”. Relembrando-se que o art. 37, § 6º assegura claramente o direito de regresso em face dos agentes públicos.

<sup>643</sup> Na verdade, a discussão originou-se com o art. 70, III do Código de Processo Civil de 1973, que possui redação quase idêntica ao art. 125, II do Código de Processo Civil vigente.

<sup>644</sup> Como identifica, entre outros, Arthur Thompsen Carpes. CARPES, Arthur Thompsen. O Superior Tribunal de Justiça e a razoabilidade no reexame do juízo de admissibilidade da denunciação da lide. *RePro: Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 365-382, dez./2015, p. 368.

<sup>645</sup> Conforme aponta, por exemplo, Vicente Greco Filho, considerado um dos principais expoentes da corrente restritiva. GRECO FILHO, Vicente. A denunciação da Lide: sua obrigatoriedade e extensão. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 94, p. 9-17, jul./set. 1976, p. 13.

<sup>646</sup> Na medida em que, por ser a responsabilidade do Estado objetiva, torna-se dispensável a discussão do elemento subjetivo. A esse respeito, cf.: ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 64; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 858-859; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 1074; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 621; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 722-723; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de Responsabilidade...*, p. 65; TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade...*, p. 195.

compatibilizá-la com este obstáculo. São exemplos: i) o posicionamento de que a denúncia seria factível apenas nas circunstâncias em que a vítima já apontasse em sua petição inicial a culpa individualizada do agente, tendo em vista que aí não haveria qualquer ampliação objetiva da demanda;<sup>647</sup> ii) a defesa do cabimento da intervenção nas hipóteses de responsabilidade estatal por omissão, uma vez que aqui a responsabilização estatal seria subjetiva,<sup>648</sup> tal como a do agente, não importando a denúncia deste último na intromissão de qualquer debate novo ao processo.<sup>649</sup>

No entanto, em que pese a grande aceitação da corrente restritiva, há que se reconhecer, com a corrente ampliativa,<sup>650</sup> que o dispositivo do art. 125, II do Código de Processo Civil não veda a intervenção nas hipóteses de simples exercício do direito de regresso (ainda que haja a ampliação da matéria a ser analisada).<sup>651</sup> No entanto, como a intervenção implicaria repetidamente em um alargamento dos fatos a serem provados,<sup>652</sup> a admissão da denúncia tem de ser analisada casuisticamente, cabendo ao magistrado definir se a sua realização não significaria comprometer a duração razoável do processo (não justificando a economia processual pretendida).<sup>653</sup> Assim, não há como se vedar *a priori* a denúncia da lide nas ações reparatórias movidas contra o Estado, mesmo porque a intervenção pode não redundar em um incremento substancial da atividade probatória processual.<sup>654</sup> Cumpre-se explicitar essa última assertiva.

<sup>647</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil...*, p. 177. Apoiando nos ensinamentos de Yussef Said Cahali, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que “quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denúncia da lide (...)”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 835.

<sup>648</sup> Ao contrário do posicionamento sustentado no capítulo 2 da parte II deste trabalho.

<sup>649</sup> Nesta esteira: MIRANDA, Gilson Delgado. A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1158-1182, p. 1181.

<sup>650</sup> Capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 180.

<sup>651</sup> O simples direito de regresso é denominado também como “garantia imprópria”.

<sup>652</sup> Em verdade, cumpre-se pontuar, como lembra Athos Gusmão Carneiro, que “o “fundamento” da denúncia nunca será o mesmo “fundamento” da ação (...)”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93.

<sup>653</sup> É este o entendimento de Fredie Didier Júnior. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso...*, p. 570-571.

<sup>654</sup> Consoante Fernando Hellmeister Clito Fornaciari. Para ele, torna-se impossível indeferir de plano a denúncia “dado que os fatos a serem objeto de prova, na ação principal e também na ação de regresso, podem estar extremamente vinculados e podem ser demonstrados, muito provavelmente, pelos mesmos meios de prova”. FORNACIARI, Fernando Hellmeister Clito. *Denúncia da Lide no Direito Brasileiro*. 212 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 94. No mesmo sentido, cf.: FERNANDES, Paulo Vinicius Liebl. As Possibilidades de Denúncia da Lide do Agente Público nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado. In: BRUNETTO, Caroline Araújo; REIS, Clayton; REIS, Guilherme Alberge; VENAZZI, Karen Fabricia; SOUZA, Márcia Regina Nunes. (orgs.). *Temas Atuais e Relevantes da Responsabilidade Civil*. 3. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018. p. 19-34.



Veja-se que a afirmação não se contradiz, ao contrário do que possa parecer, com a compreensão anteriormente sustentada de que a responsabilidade civil do Estado – em qualquer hipótese – é objetiva.<sup>655</sup> O que se quer dizer, quando se afirma que a intervenção pode não redundar em um incremento substancial da atividade probatória, é o fato de que, por vezes, a depender da defesa realizada pelo Estado, a avaliação da culpa ou dolo poderá ser realizada pelos mesmos meios de prova destinados a investigar, por exemplo, o nexo de causalidade.<sup>656</sup> Pode-se citar, aqui, eventual caso envolvendo o abalroamento de veículo estatal, em que o Estado alega, em sua contestação, o fato exclusivo da vítima. A avaliação da configuração do nexo de causalidade poderá demandar a realização de prova pericial ou testemunhal, que, de todo modo, também servirão para a constatação, ou não, do elemento subjetivo.

No mais, outro argumento comumente apontado para sustentar a inviabilidade da denunciação do agente público alicerça-se no fato de que, para requerer a intervenção, o Estado deveria sustentar a culpa ou dolo do indivíduo, comportando-se de modo incongruente.<sup>657</sup> Todavia, vale dizer que a denunciação da lide é informada pela regra da eventualidade,<sup>658</sup> o que justifica a aparente contradição.<sup>659</sup> Por esta razão, nada impede que a lei faculte ao Estado a alternativa de denunciar o agente público,<sup>660</sup> desde que isso não resulte em uma ofensa à duração razoável do processo. Ainda, relevante apontar que o cumprimento de sentença do Estado em face do indivíduo dependerá da prévia reparação do dano por aquele.<sup>661</sup> Ademais, admitida a intervenção, e pelas mesmas razões já expostas quanto à impossibilidade de

<sup>655</sup> Cf. capítulo 2 da parte II.

<sup>656</sup> Frise-se, como visto no capítulo 4 da parte II, que culpabilidade não se confunde com nexo de causalidade.

<sup>657</sup> Cf., a esse respeito, a síntese de Edmir Netto de Araújo: “Além disso, a posição da Fazenda, ao denunciar a lide, é contraditória: se está denunciando a lide, no caso de ação promovida contra si por responsabilidade civil objetiva, estará confessando a lide, pois está reconhecendo que um agente seu causou um prejuízo injusto a um particular, por dolo ou culpa (...)”. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 859. De igual forma: TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade...*, p. 195.

<sup>658</sup> Conforme Fredie Didier Júnior, a regra da eventualidade permite a utilização de defesas logicamente incompatíveis, encontrando limite, porém, na boa-fé processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso...*, p. 721.

<sup>659</sup> Trata-se da mesma solução para os casos envolvendo a aparente incompatibilidade entre a denunciação da lide e a alegação de ilegitimidade passiva. Conforme elucida Rogéria Dotti, “em que pese a aparente incoerência entre as duas teses (denunciação e ilegitimidade), em virtude da aplicação do princípio da eventualidade e da garantia constitucional da ampla defesa, não se pode rejeitar liminarmente a primeira”. DOTTI, Rogéria. *A denunciação da lide e a ilegitimidade passiva ad causam*. DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al* (coords.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 463-469, p. 467-468.

<sup>660</sup> Consoante o art. 125 do Código de Processo Civil, a denunciação da lide é facultativa. Ademais, o §1º do mesmo art. 125 do Código de Processo Civil assevera que “o direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida”.

<sup>661</sup> Isto porque, na mesma esteira do raciocínio desenvolvido para a ação regressiva autônoma, o entendimento contrário poderia significar o enriquecimento ilícito da pessoa jurídica. Em sentido oposto, cf.: RESp 327.415/DF, Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 13/12/2001, DJ 01/04/2002.



ajuizamento da demanda em face do agente (princípio da impessoalidade), inexistente direito de a vítima dirigir ocasional pretensão executória diretamente contra o indivíduo responsável.<sup>662</sup>

Imperioso esclarecer, ainda quanto à denunciação, que a eventual integração à lide de terceiro responsável solidário pelo dano não tem relação com o instituto em comento.<sup>663</sup> O caso, em verdade, trata-se de outra modalidade de intervenção: o chamamento ao processo.<sup>664</sup> E, aqui, a solução deve ser a mesma da denunciação: o chamamento é admissível desde que não comprometa a duração razoável do processo.<sup>665</sup>

Definida a denunciação, restam-se superadas as matérias destacadas e relacionadas à reparação judicial, tendo sido abrangidos os aspectos processuais (bem como o direito material de regresso, intimamente relacionado). Entretanto, como se apontou no início, a recomposição também pode ocorrer pela via administrativa – o que demanda o enfrentamento desta questão conexa. Ainda que não seja o comum,<sup>666</sup> impõe-se como relevante que a legislação sobre a responsabilidade preveja expressamente esta possibilidade. Ademais, não é só a reparação que pode ser implementada extrajudicialmente, o Estado pode realizar a identificação e a apuração da culpa ou dolo do agente por intermédio de processo administrativo,<sup>667</sup> e também concretizar o próprio direito regressivo administrativamente (exigência, inclusive, para o ajuizamento da ação de regresso autônoma).<sup>668</sup> Todavia, como explicado outrora, a competência legislativa para definir como se darão estes procedimentos, matéria de Direito administrativo, é exclusiva

---

<sup>662</sup> Por conta do disposto no art. 128, p.ú., do Código de Processo Civil: “Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva”. O dispositivo em questão tem sido interpretado de forma abrangente, envolvendo as hipóteses do art. 125, II do Código de Processo Civil (fundamento legal em que se enquadra a denunciação da lide do agente público). Neste sentido, cf. o Enunciado nº 121 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O cumprimento da sentença diretamente contra o denunciado é admissível em qualquer hipótese de denunciação da lide fundada no inciso II do art. 125”.

<sup>663</sup> Veja-se que o terceiro, aqui, é outro ente também responsável pelo dano, e não o agente público.

<sup>664</sup> Nos termos do art. 130, III do Código de Processo Civil: “É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum”.

<sup>665</sup> O Supremo Tribunal Federal já inadmitiu o chamamento ao processo com fundamento na duração razoável do processo. Cf.: RE 607381, AgR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 17/06/2011. Pelo mesmo motivo, diante da complexidade da cadeia de consumo, o Código de Defesa do Consumidor veda o chamamento ao processo dos demais fornecedores. Sobre o isso, cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso...*, p. 577.

<sup>666</sup> Odete Medauar aponta que a reparação pela via administrativa diz respeito à hipótese rara de ressarcimento, na medida em que geralmente ou a proposta de reparação é vil ou a responsabilidade não é reconhecida. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo...*, p. 407.

<sup>667</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1136. A apuração, inclusive, pode se dar em momento anterior até mesmo à eventual ação ou requerimento administrativo da vítima, em virtude da viabilidade de reparação espontânea do dano.

<sup>668</sup> O direito de regresso exercido na esfera administrativa possui os mesmos requisitos da ação regressiva: demonstração de culpa ou dolo do agente e prévia reparação. Ademais, para ser efetivado, deve contar ainda com a concordância do indivíduo identificado como responsável. Neste sentido, cf.: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1124; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso..., p. 1140.

de cada ente federativo,<sup>669</sup> sendo a temática, inclusive, já trabalhada em algumas legislações.<sup>670</sup> O que deve ficar claro, nesta questão, é a suspensão do prazo prescricional até a resolução final do requerimento formulado pela vítima.<sup>671</sup>

Como último ponto, intrinsecamente relacionado com tudo o que foi exposto, e dentro de um paradigma de um Direito administrativo não adversarial,<sup>672</sup> torna-se imperioso que a legislação faça remissão expressa à viabilidade de que pretensões envolvendo a reparação de danos decorrentes da responsabilização civil estatal – mesmo que se tratem de pessoas jurídicas de Direito público – possam ser resolvidas através da autocomposição administrativa, ou mesmo judicial.<sup>673</sup>

Com isso, abordados os aspectos processuais, o direito de regresso, bem como os assuntos conexos (como a abrangência do vocábulo “terceiros, a reparação pela via administrativa e a factibilidade da autocomposição), apresenta-se como importante realizar o cotejo das conclusões apresentadas com as proposições do Senado e da Câmara.<sup>674</sup> Esta tarefa, realizada ao longo de toda a segunda parte desta pesquisa,<sup>675</sup> continua sendo de crucial importância.<sup>676</sup>

De início, com relação à inexistência de qualquer limitação do vocábulo “terceiros”, nota-se que houve previsão expressa em ambas as soluções.<sup>677</sup> No entanto, e inadvertidamente, nenhuma delas estabeleceu o dever de o Estado reparar ativamente o dano. Ainda, quanto aos aspectos processuais, vê-se que o projeto da Câmara, de forma acertada, estabeleceu que a responsabilidade dos agentes é apenas regressiva, tendo o Senado possibilitado – erroneamente – a responsabilização direta destes (ou o litisconsórcio).<sup>678</sup> Os dois projetos, contudo,

<sup>669</sup> Uma vez que, como ressaltado no capítulo 4 da parte I, a competência legislativa para dispor sobre o Direito administrativo é exclusiva de cada ente federativo.

<sup>670</sup> Citam-se, como exemplo: i) arts. 65 a 71 da Lei nº 10.177/1998 do Estado de São Paulo; ii) arts. 94 a 99 da Lei Complementar nº 303/2005 do Estado do Rio Grande do Norte; iii) arts. 136 a 150 da Lei nº 12.209/2011 do Estado da Bahia.

<sup>671</sup> Em conformidade com o disposto no art. 4º, p.ú., do Decreto nº 20.910/1932.

<sup>672</sup> Sobre o assunto, cf., entre outros: FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

<sup>673</sup> Cf., sobre a mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial: SOUZA, Luciane Moessa. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos envolvendo entes públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. No plano normativo, cf. a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação e autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

<sup>674</sup> PLC nº 126/2015 e PL nº 412/2011, respectivamente.

<sup>675</sup> Cf. o comparativo em todos os capítulos da parte II.

<sup>676</sup> O comparativo será realizado, também, nos dois capítulos seguintes.

<sup>677</sup> Ambas apontam para a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos em face de usuários e terceiros. Cf., respectivamente: art. 1º, § 5º e art. 1º, § 2º.

<sup>678</sup> Cf.: art. 9º (Câmara) e art. 21, II (Senado).

equivocam-se ao restringir a ação regressiva de alguns agentes apenas aos casos de dolo,<sup>679</sup> e não dispõem sobre o direito da redução equitativa da reparação em função do grau de culpa.

Ainda sobre a ação regressiva, as duas proposições erram ao permitirem o exercício do direito de regresso desde o trânsito em julgado da condenação (e não do efetivo desembolso ou expedição do precatório),<sup>680</sup> e ao não condicionarem o ajuizamento da demanda autônoma à prévia recusa administrativa do agente. No entanto, os dois projetos acertam ao disciplinarem o direito de regresso como um dever, e ao preverem a possibilidade do seu exercício mesmo após a perda do cargo ou função pelo agente (atingindo, inclusive, os seus sucessores).<sup>681</sup> Quanto à prescritibilidade da ação de regresso, não há qualquer menção em nenhum dos projetos; no entanto, os dois consagram – de modo escorreito – a prescrição quinquenal para a ação reparatória movida pela vítima.<sup>682</sup>

Ademais, ainda na temática dos aspectos processuais, no que se refere à denúncia da lide do agente público, inexistente, e corretamente, vedação a esta modalidade de intervenção nas duas soluções legislativas;<sup>683</sup> entretanto, não há qualquer advertência quanto à necessidade de que o cumprimento de sentença do denunciante seja movido somente depois da reparação efetiva do dano e, ainda, quanto à impossibilidade de a vítima promover o cumprimento contra o denunciado. Dentro deste contexto, vale dizer que as proposições são silentes quanto ao cabimento do chamamento ao processo com relação aos responsáveis solidários.

Além do mais, com relação à via extrajudicial, tanto a proposição da Câmara quanto à do Senado preveem, adequadamente, a possibilidade do requerimento administrativo, da identificação do agente e da apuração de seu dolo ou culpa por intermédio de processo administrativo, e, até mesmo, o exercício do direito de regresso fora do âmbito processual.<sup>684</sup> Ainda nesse contexto, ambos os projetos dispõem, de modo apropriado, sobre a suspensão da prescrição no caso do requerimento por parte da vítima.<sup>685</sup> Quanto à autocomposição, existe menção apenas na proposta da Câmara, especificamente com relação à solução consensual na esfera administrativa.<sup>686</sup>

<sup>679</sup> A esse respeito, cf., por exemplo, a limitação à responsabilidade dos magistrados.

<sup>680</sup> Cf.: art. 10, § 2º (Câmara) e art. 17, § 2º (Senado).

<sup>681</sup> Cf.: art. 9º, § 1º e § 3º e art. 11, § 3º (Câmara); art. 16, § 1º e § 3º e art. 18, § 3º (Senado).

<sup>682</sup> Art. 19 (Câmara) e art. 25 (Senado).

<sup>683</sup> Art. 9º, § 2º (Câmara) e Art. 22 (Senado).

<sup>684</sup> Respectivamente: art. 8º, art. 10, § 1º e art. 11 (Câmara); arts. 17, 18 e 24 (Senado).

<sup>685</sup> Art. 8º, I (Câmara); art. 24, § 1º (Senado).

<sup>686</sup> Cf. art. 8º, § 1º.

## Capítulo 2 – A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos

Outra questão que deveria ser abordada por eventual lei que objetivasse disciplinar a responsabilidade civil do Estado (complementando-se o art. 37, § 6º da Constituição Federal), como destacado em momento anterior,<sup>687</sup> é a responsabilidade estatal no exercício da função legislativa.<sup>688</sup> Cumpre-se abordar neste ponto, então, as especificidades relacionadas à obrigação reparatória originária de atos legislativos. Todavia, para tanto, torna-se essencial explicitar de início o que devem ser considerados, justamente, atos legislativos.<sup>689</sup>

Uma primeira definição possível é aquela que combina o critério substancial, que procura identificar os caracteres distintivos materiais do ato,<sup>690</sup> com o critério subjetivo (ou orgânico), em que a atenção dirige-se à fonte produtora (não em uma perspectiva tradicional,<sup>691</sup> e sim com base no entendimento de que a função legislativa também pode ser exercida fora do âmbito do Poder Legislativo).<sup>692</sup> Como exemplo disso, tem-se a definição de Maurício Zockun, que compreende atos legislativos como normas jurídicas *lato sensu* (gerais e abstratas ou gerais e concretas) que inovam no ordenamento jurídico, criando direitos, obrigações, deveres ou poderes, desde que originárias de um processo legislativo.<sup>693</sup>

Todavia, tanto o critério substancial quanto o subjetivo são insuficientes, devendo-se a análise partir prioritariamente de um critério formal, em que a explicação é confeccionada com supedâneo em uma leitura do ordenamento jurídico.<sup>694</sup> Dentro desta concepção, e conforme sustenta Clèmerson Merlin Clève, os atos legislativos podem ser entendidos como

<sup>687</sup> Cf. capítulo 4 da parte I.

<sup>688</sup> Como já afirmado, e como bem adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa”. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 813.

<sup>689</sup> De acordo com a advertência de Maurício Zockun, o exame da responsabilidade civil do Estado proveniente de atos legislativos demanda, em um primeiro momento, a explicitação do que se entende, justamente, por atos legislativos. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67.

<sup>690</sup> Sobre o critério material ou substancial, cf.: FREIRE, André Luiz. Apontamento sobre as funções estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 248, p. 13-53, mai. 2008, p. 28-31.

<sup>691</sup> Em sua perspectiva tradicional, o critério subjetivo (ou orgânico) define a natureza do ato através da investigação do órgão responsável pela sua edição. Assim, seriam atos legislativos todos aqueles oriundos do Poder Legislativo. Cf., sobre isso: FREIRE, André Luiz. Apontamento..., p. 26-28.

<sup>692</sup> Sobre esta leitura do critério subjetivo (ou orgânico), cf.: ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 88.

<sup>693</sup> De acordo com o autor, “se for geral e abstrato, o ato legislativo será aplicável a todos os que preenchem as condições descritas no seu “suporte fático”, podendo ter seus efeitos reproduzidos tantas vezes quantas se verifique a efetiva ocorrência do “suporte fático”. Por sua vez, “se for geral e concreto, o ato legislativo admite que uma classe determinável de sujeitos possa preencher o “suporte fático”, mas seu efeito não é passível de reprodução”. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 72-73. Definindo atos legislativos com base nesta mesma concepção, cf.: ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 88.

<sup>694</sup> Como observa André Luiz Freire. FREIRE, André Luiz. Apontamento..., p. 26.

aquelas espécies disciplinadas no art. 59 da Constituição Federal,<sup>695</sup> com exceção das emendas constitucionais.<sup>696</sup> Entretanto, crucial advertir que inexistente impeditivo para que o regime de responsabilização aplicável aos atos legislativos seja empregado, no que couber, às próprias emendas constitucionais, diante da possibilidade de controle de constitucionalidade sobre estas normas.<sup>697</sup> Com isso, explicado o significado de atos legislativos,<sup>698</sup> passa-se, agora, ao exame da obrigação reparatória estatal em decorrência destes.

Relevante destacar, no entanto, que a possibilidade de responsabilização estatal neste campo, observando-se a doutrina nacional, ainda não é unânime.<sup>699</sup> Na realidade, e não somente no Brasil, várias são as barreiras que tradicionalmente se apresentaram, e ainda se apresentam, como fundamentos para se negar a factibilidade da reparação.<sup>700</sup> Os óbices, no mais das vezes alicerçados em uma concepção material de atos legislativos,<sup>701</sup> podem ser assim sintetizados: i) os atos legislativos são manifestações da soberania; ii) estes seriam qualificados sempre pela generalidade e abstração; iii) a característica de inovação impediria a responsabilização; iv) aceitar a responsabilidade acarretaria no risco de paralisar a atividade legiferante, frustrando o

<sup>695</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 5, n. 21, p. 124-137, out./dez. 1997, p. 130. No mesmo sentido: PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores Juizes: Impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 232. Imperioso transcrever o art. 59 da Constituição Federal: Art. 59: “O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções”.

<sup>696</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68.

<sup>697</sup> No plano federal, e a título ilustrativo, cf.: ADI 2135 MC, Rel: Min. Néri da Silveira, Rel. p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2007, DJ 06/03/2008.

<sup>698</sup> Vale dizer, neste ponto, que José Afonso da Silva critica, de forma contundente, a inclusão das medidas provisórias no rol do art. 59 da Constituição, sob o argumento de que estas são simplesmente editadas pelo Presidente da República, não se originando assim de um legítimo processo legislativo. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 528-529. Para Clèmerson Merlin Clève, entretanto, a Constituição atribuiu força de lei às medidas provisórias. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Lei...*, p. 130.

<sup>699</sup> Cf., como exemplo: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 191.

<sup>700</sup> A observação é de Júlio César dos Santos Esteves. ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 88.

<sup>701</sup> No cenário brasileiro, e de acordo com Juliana Cristina Luvizotto, trata-se inclusive da concepção mais comum na doutrina e jurisprudência, quando o assunto é a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade Civil do Estado Legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 96.



desenvolvimento; v) a relação entre legisladores e representados não autorizaria a compensação.<sup>702</sup>

Porém, nenhum dos argumentos é capaz de sustentar a irresponsabilidade do Estado. Primeiramente, porque a soberania não implica em um desrespeito à Constituição,<sup>703</sup> e, ademais, a aceitação deste empecilho poderia significar admitir a própria irresponsabilidade dos Poderes Públicos – ideia esta já superada.<sup>704</sup> Inobstante, ressalte-se que nem todos os atos legislativos são marcados pela generalidade e abstração.<sup>705</sup> Para além disso, o atributo de inovação na ordem jurídica não tem o condão de impedir a obrigação reparatória, tendo em vista que a Constituição inclusive protege relações jurídicas de novas normatizações.<sup>706</sup> Outrossim, torna-se imperioso realçar que o desenvolvimento não pode se dar de maneira irresponsável. Por fim, a relação entre os parlamentares e o Estado é orgânica, o que não afasta a responsabilidade da pessoa jurídica,<sup>707</sup> sendo certo que o mandato não se trata de uma carta em branco conferida ao legislador.<sup>708</sup>

Por isso, deve-se reconhecer, como faz majoritariamente a doutrina,<sup>709</sup> e de forma mais tímida a jurisprudência pátria,<sup>710</sup> a responsabilização do Estado pela confecção de atos legislativos. O fundamento constitucional, para tanto, é o art. 37, § 6º da Constituição Federal.

<sup>702</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 90-99. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por seu turno, identifica os seguintes argumentos em defesa da irresponsabilidade: i) exercício da soberania; ii) produção de normas gerais e abstratas; iii) impossibilidade de os cidadãos responsabilizarem os parlamentares por eles eleitos. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 827. Já para Maurício Zockun, os obstáculos seriam os seguintes: i) a ideia de manifestação da soberania; ii) a irresponsabilidade como necessária à mutabilidade do ordenamento; iii) a ausência de culpa na atuação do Parlamento; iv) a generalidade e abstração das normas. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 123-137.

<sup>703</sup> Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 827; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 205-206; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 102-105.

<sup>704</sup> Sobre isso, cf.: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 128; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 726.

<sup>705</sup> Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 827; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 206-210; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 105-106.

<sup>706</sup> Como bem aponta Juliana Cristina Luvizotto. LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 106-108. Com relação à proteção constitucional, cumpre-se transcrever o art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>707</sup> Entre outros, cf.: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 934; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 108.

<sup>708</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 827; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 211-212. A questão relacionada às imunidades parlamentares, para as situações envolvendo a edição de atos legislativos pelo Poder Legislativo, será alvo de maior detalhamento a seguir, quando do exame da possibilidade de interposição da ação regressiva.

<sup>709</sup> Como reconhece Luciano Ferraz. FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.). Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-225, p. 218. Sobre o histórico da aceitação da ideia de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos no Brasil, cf.: ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 153-191.

<sup>710</sup> Realizando uma análise histórica, cf.: ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 191-201.



Isto porque, o texto utiliza-se do vocábulo agentes,<sup>711</sup> que, como se viu, deve ser interpretado de maneira abrangente,<sup>712</sup> incluindo os agentes políticos (dentre eles, e em especial, os legisladores, responsáveis pelo exercício típico da função legislativa).<sup>713</sup> Desta feita, necessário que a lei ordinária de responsabilidade civil do Estado disponha sobre a viabilidade de responsabilização do Estado por atos legislativos.<sup>714</sup> Questão tormentosa, no entanto, reside em se explicitar quais são as hipóteses em que o dever reparatório seria deflagrado.

Uma primeira situação comumente apontada é a responsabilização em virtude da edição de atos legislativos inconstitucionais.<sup>715</sup> Trata-se de hipótese que tem reconhecimento explícito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>716</sup> A lei inconstitucional, para fins de responsabilidade, assemelha-se ao ato ilícito.<sup>717</sup> Assim, caso o exercício inconstitucional da função legislativa implique em danos a terceiros, o Estado não pode eximir-se em repará-los. Vale observar, todavia, que não é a mera inconstitucionalidade da lei que gera o dever de recomposição patrimonial, fazendo-se necessário que sejam preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade.<sup>718</sup>

<sup>711</sup> “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos *que seus agentes (...)*”.

<sup>712</sup> Cf. capítulo 1 da parte II.

<sup>713</sup> Utilizando o art. 37, § 6º da Constituição Federal como fundamento para responsabilidade civil do Estado pela edição de atos legislativos, cf., entre outros: FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado...*, p. 219; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 80; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237; FORTINI, Cristiana; SOUZA, Tatiana Santos de. A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 6, n. 26, p. 221-234, out/dez. 2006, p. 230.

<sup>714</sup> Para muitos autores, esta responsabilidade é ainda excepcional. Cf.: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo...*, p. 891; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 613; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1118; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 934.

<sup>715</sup> Defendendo a viabilidade da responsabilidade nestes casos, cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 726; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo...*, p. 891; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 614; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 758; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1118; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 828; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1414; FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado...*, p. 219; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 237; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 216-233; ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 170-172; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 110 e ss.

<sup>716</sup> A constatação é de Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 170. Marçal Justen Filho também aponta para a existência de arestos do Supremo Tribunal Federal no sentido da responsabilização. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1415. Citem-se, aqui, dois acórdãos de lavra do Ministro Celso de Mello: RE nº 153.464, julgado em 02/09/1990, DJ 16/09/1990 e RE nº 158.962, julgado em 04/12/1992, DJ 18/12/1992.

<sup>717</sup> Neste sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 614; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 215-216; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 121.

<sup>718</sup> Consoante bem adverte, entre outros: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 614; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 727; ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 170.

Ainda neste campo, um tema que se apresenta como controvertido,<sup>719</sup> e que por isso demandaria tratamento explícito em eventual legislação a respeito do assunto, é o seguinte: a declaração judicial de inconstitucionalidade deve ocorrer em sede de controle concentrado, ou pode se dar via controle difuso de constitucionalidade?<sup>720</sup> Convém mencionar que o Superior Tribunal de Justiça possui aresto no sentido de que a declaração deve ser proferida com base em controle concentrado.<sup>721</sup>

Em que pese os posicionamentos favoráveis à obrigatoriedade do exame da constitucionalidade por intermédio do controle concentrado,<sup>722</sup> este não parece ser o entendimento mais adequado. Em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição,<sup>723</sup> demonstra-se desarrazoado que o lesado tenha que aguardar o julgamento da inconstitucionalidade do ato legislativo questionado pela via concentrada.<sup>724</sup> Por isso, perfeitamente possível que a análise seja realizada de forma incidental, na própria ação de reparação de danos movida pelo indivíduo.<sup>725</sup> Todavia, importante mencionar a diferença tradicionalmente apontada sobre os efeitos da declaração: inter-partes, no caso do controle difuso, e *erga omnes*, para a hipótese do modelo concentrado.<sup>726</sup>

Mas não é só essa questão que aflige o terreno da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos inconstitucionais. Outro ponto que merece enfrentamento legislativo explícito são as consequências, para a obrigação reparatória estatal, de eventual modulação dos efeitos

<sup>719</sup> Apontando a divergência: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 728; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 614.

<sup>720</sup> Apenas com o intuito de esclarecer a controvérsia, impõe-se advertir, como lembra José Afonso da Silva, que o controle difuso se verifica quando se reconhece o controle judicial de constitucionalidade a todos os componentes do Poder Judiciário; já o controle concentrado, por sua vez, verifica-se quando o exercício do controle é deferido apenas a um tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial. No Brasil, e em vista da Constituição vigente, houve combinação dos dois critérios de controle de constitucionalidade. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 48-54.

<sup>721</sup> Trata-se do REsp 571.645/RS, Relator: Min. João Otávio Noronha, Segunda Turma, julgado em 21/09/2006, DJ 30/10/2006.

<sup>722</sup> Como é o entendimento por exemplo, de Yussef Said Cahali. De acordo com o autor: “o simples provimento da Turma Julgadora que, em caso *sub judice*, recusa a aplicação da lei, a pretexto de ser a mesma inconstitucional, deixa incólume a norma legal na sua existência, validade e eficácia, sabido que a declaração de inconstitucionalidade da lei reclama *quorum* e procedimento específicos, não se legitimando, assim, pretensão indenizatória de danos à causa de uma lei cuja inconstitucionalidade não tenha sido regularmente declarada pelo tribunal competente”. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil...*, p. 532-533. Parece concordar com este entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na medida em que, para esta, a responsabilidade depende de prévia declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 828.

<sup>723</sup> Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>724</sup> Conforme André Puccinelli Júnior. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 257.

<sup>725</sup> Concordam com este posicionamento: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 728; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 614; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 249-250; ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 170.

<sup>726</sup> Sobre o assunto, cf., apenas a título exemplificativo: SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 54-58.

da decisão de inconstitucionalidade (ou seja, quando a declaração deixa de ter efeitos *ex tunc*, e passa a ter efeitos *ex nunc* ou mesmo eficácia reservada a momento futuro).<sup>727</sup> E, aqui, exsurge a essencialidade em se reconhecer que inexistirá obrigação reparatória estatal, por atos legislativos inconstitucionais, quando houver atribuição de efeitos não retroativos ou prospectivos à declaração de inconstitucionalidade.<sup>728</sup> Na verdade, admitir a responsabilização nestas situações seria o mesmo que viabilizar, transversalmente, a desconstituição de determinadas situações jurídicas cuja manutenção foi entendida como imprescindível.<sup>729</sup>

Por fim, ainda com relação à categoria da obrigação reparatória decorrente de leis inconstitucionais, e considerando-se que o objetivo é a criação de uma lei nacional,<sup>730</sup> duas observações tornam-se cruciais – e também merecem destaque na legislação sobre a responsabilidade. Primeiramente, fundamental salientar que leis estaduais e municipais podem ser declaradas inconstitucionais tendo como parâmetro as Constituições estaduais,<sup>731</sup> e a própria Lei Orgânica do Distrito Federal.<sup>732</sup> Ademais, convém advertir que, mesmo que não se trate de inconstitucionalidade,<sup>733</sup> raciocínio idêntico pode ser estendido às leis municipais que contrariarem as Leis Orgânicas dos respectivos entes,<sup>734</sup> viabilizando a responsabilização.

Contudo, não são só os atos legislativos inconstitucionais que podem ensejar a responsabilização. A doutrina tradicionalmente aponta um caso em que o próprio desempenho

<sup>727</sup> O objetivo, aqui, não é o de adentrar no exame do mérito da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Em sede de controle concentrado, a modulação encontra previsão no art. 27 da Lei Federal nº 9.868/1999 e no art. 11 da Lei Federal nº 9.882/1999 – vale dizer que a constitucionalidade do primeiro dispositivo se encontra em questionamento por intermédio das ADI's 2154 e 2258. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já admitiu a modulação de efeitos em controle difuso. Cf., como exemplo paradigmático: RE 197917, Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07/05/2004.

<sup>728</sup> Neste sentido, cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 728; ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 171;

<sup>729</sup> Nos termos alinhavados por Juliana Cristina Luvizotto. Segundo ela: “(...) admitir a responsabilidade em face do Estado em razão de uma lei declarada posteriormente inconstitucional, mas cujos efeitos foram modulados para que fossem mantidas as situações jurídicas constituídas sob sua vigência, seria o mesmo que propor uma ação visando à desconstituição dessas situações”. LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 150.

<sup>730</sup> Cf. capítulo 4 da parte I.

<sup>731</sup> Art. 125, § 2º da Constituição Federal: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

<sup>732</sup> Uma vez que esta possui o mesmo *status* das Constituições estaduais, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, cf.: ADI 980, Relator: Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe 31/07/2008.

<sup>733</sup> Conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Cf., como exemplo: RE 175087, Relator: Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 19/03/2002, DJ 17/05/2002. A Constituição do Estado de Pernambuco chegou a prever a possibilidade do controle abstrato de inconstitucionalidade de leis municipais em face das respectivas Leis Orgânicas. Ocorre que, como informam Mário Sérgio Falcão Maia e Rodrigo de Almeida Leite, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco declarou a inconstitucionalidade desta previsão. MAIA, Mário Sérgio Falcão; LEITE, Rodrigo de Almeida. A ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face da Lei Orgânica do Município. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 930-958, set./dez. 2015, p. 938-940.

<sup>734</sup> Consoante esclarece André Puccinelli Júnior. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 257.

constitucional da função legislativa pode implicar na obrigação reparatória: a hipótese das denominadas leis de efeitos concretos.<sup>735</sup> Estas podem ser identificadas como aqueles atos legislativos destituídos das características de generalidade e abstração, que já são formulados visando disciplinar situações individualizadas.<sup>736</sup> Por esta razão, estas leis chegam a ser qualificadas inclusive como atos administrativos em sentido material,<sup>737</sup> o que não afasta o seu tratamento do campo do exercício da função legiferante, tendo em vista a adoção do sentido de atos legislativos outrora explicitada.<sup>738</sup>

Desta forma, as leis de efeitos concretos ensejariam a responsabilidade estatal, a despeito de qualquer vício de constitucionalidade, tendo em vista que poderiam resultar na imposição de ônus excessivos a certos indivíduos, não suportados pelo restante da coletividade.<sup>739</sup> No entanto, aqui, e em função da existência de uma zona de indeterminação entre o campo das leis genéricas e abstratas e das leis de efeitos concretos,<sup>740</sup> faz-se necessário consignar que, na verdade, não importa o que a lei pretende atingir, e sim o que ela efetivamente atingirá.<sup>741</sup> Por isso, a responsabilização estatal pelo desempenho constitucional da atividade legiferante não deve ficar restrita nominalmente apenas às leis de efeitos concretos, devendo

<sup>735</sup> Reconhecendo a possibilidade de responsabilização nesta situação, cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 727; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo...*, p. 891; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 615; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual...*, p. 758; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 828.

<sup>736</sup> Como elucida Vitor Garcia Marini. O autor realiza o contraponto com as chamadas “leis em tese”, que seriam os atos legislativos em uma concepção material, genéricos e abstratos, que veiculam os comandos sem identificar – em seu suporte fático – os destinatários. MARINI, Vitor Garcia. A lei em tese e a lei de efeitos concretos na impetração coletiva preventiva: definições a partir da teoria da norma jurídica de Norberto Bobbio. *Revista da ASSEJUR*, Curitiba, a. 1, v. 1, p. 19-40, dez. 2017, p. 25-26.

<sup>737</sup> Nesta esteira: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 727; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 615; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 829.

<sup>738</sup> O Supremo Tribunal Federal passou a admitir, inclusive, o controle de constitucionalidade concentrado, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, destas leis (cf. ADI 4048 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJ 21/08/2008).

<sup>739</sup> Cf., como exemplo, as lições de Irene Patrícia Nohara: “A regra da irresponsabilidade do Legislativo também é excepcionada diante de edição de lei de efeitos concretos. Nesse caso, o dano não é suportado de forma difusa por toda a coletividade, mas apenas por um ou outro grupo muito restrito de administrados. O fundamento último da possibilidade de responsabilização do Estado nesta hipótese repousa na quebra do princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos”. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo...*, p. 891. Da mesma forma, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 829.

<sup>740</sup> Vitor Garcia Marini esclarece que, se não existem dúvidas quanto à caracterização das leis de efeitos concretos nos casos em que estas normatizam situações sem a presença de qualquer grau de generalidade e abstração (município X é incorporado pelo município Y, por exemplo), e que leis absolutamente genéricas e abstratas são as denominadas leis em tese (...), pode-se observar a presença de uma zona de indeterminação quando se está diante de determinadas leis que possuem um coeficiente de generalidade e abstração relativizados – o que suscita a dúvida se estas últimas seriam qualificadas como leis de efeitos concretos ou, ainda, leis em tese. MARINI, Vitor Garcia. A lei em tese..., p. 26-30.

<sup>741</sup> Conforme as observações de Maurício Zockun. Para ele: “assim, caso a lei venha a concretamente produzir seus efeitos em relação a pequeno grupo de pessoas, ainda que diretamente volvida a todas as camadas da sociedade, então, as consequências prescritas não são gerais, mas, sim especiais”. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 134.

englobar todos os atos legislativos que, apesar do grau de abstração e generalidade original, atinjam desproporcionalmente determinados indivíduos, em benefício de todos.<sup>742</sup>

Por esta razão, imprescindível que a legislação a respeito da obrigação reparatória estatal preveja a possibilidade de o Estado ser responsabilizado pelo exercício da função legislativa de forma constitucional, toda vez que esta resultar em um dano anormal e específico, na esteira do regime de responsabilização por atos lícitos.<sup>743</sup> Novamente, convém ressaltar, diante da pretensão de aplicação nacional da lei, que: i) a constitucionalidade pode ser aferida inclusive com base na Constituição dos Estados e na Lei Orgânica do Distrito Federal; ii) ainda que não se trate de constitucionalidade, a mesma conclusão deve ser imposta à lei municipal adequada à Lei Orgânica do respectivo ente. Ocorre que, conforme já destacado anteriormente, as condutas omissivas estatais também podem ocasionar danos,<sup>744</sup> e, por isso, releva-se crucial reconhecer uma terceira e derradeira hipótese de responsabilização por atos legislativos, que também demanda consagração expressa em eventual lei: as omissões legislativas inconstitucionais.<sup>745</sup>

Como se sabe, a ordem jurídica, como um todo, não é qualificada pela completude.<sup>746</sup> E, por isso, na própria Constituição podem se observar lacunas. Dentre estas, destacam-se as denominadas “lacunas técnicas”, que seriam espaços desejados pelo Constituinte e complementáveis, em princípio, pelo Legislativo.<sup>747</sup> As lacunas técnicas, por sua vez, são

<sup>742</sup> Neste sentido, ainda que não adotando uma concepção formal de atos legislativos: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 134-136; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil...*, p. 234-235. Na mesma linha, é a observação de Odete Medauar: “pode-se cogitar, ainda, da responsabilidade do Estado por ato legislativo típico, causador de dano a uma categoria de pessoas ou número exíguo de pessoas, porque, no tocante ao dano, deixou de haver o caráter de ato geral e impessoal”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo...*, p. 411.

<sup>743</sup> Cf., a esse respeito: FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado...*, p. 219; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 151; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 727.

<sup>744</sup> Cf. capítulo 2 da parte II.

<sup>745</sup> Como exemplos, cf.: GABARDO, Emerson. O caso da indenização por ausência de revisão geral remuneratória dos servidores públicos. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 197-208, p. 198; ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 162; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 238; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 729; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 615-616; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual...*, p. 758; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 828; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1414; FORTINI, Cristiana; SOUZA, Tatiana Santos de. *A responsabilidade civil...*, p. 230.

<sup>746</sup> Como aponta Jorge Miranda, não há plenitude na ordem constitucional, assim como não há plenitude na ordem jurídica em geral. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 270.

<sup>747</sup> Como reconhece Clèmerson Merlin Clève. Segundo ele, e em verdade, na Constituição poderiam ser encontradas lacunas indesejadas e lacunas desejadas. As primeiras diriam respeito a espaços normativos não almejados pelo Constituinte. Já as lacunas desejadas, por sua vez, seriam subdivididas nas mencionadas lacunas técnicas, integráveis pelo legislador ordinário, e naquelas que não podem ser alvo de complementação ordinária (o que se convencionou chamar de silêncio eloquente). CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.



representadas basicamente pelas normas de eficácia limitada, dispositivos constitucionais que demandam complementação legislativa ulterior para que possam produzir integralmente todos os seus efeitos.<sup>748</sup> E, assim, a responsabilidade poderá ser suscitada nos casos de inconstitucionalidade por omissão, sendo esta caracterizada justamente pelo descumprimento de norma constitucional de eficácia limitada, devidamente individualizada, que impunha o dever concreto de legislar para a produção integral de todos os seus efeitos.<sup>749</sup>

Contudo, um elemento indispensável para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão é o decurso do tempo.<sup>750</sup> E, neste sentido, duas hipóteses podem ser verificadas: as situações em que a própria Constituição fornece o prazo para o cumprimento do dever, e os cenários em que este interstício é inexistente.<sup>751</sup> Na primeira hipótese, a omissão estará caracterizada simplesmente com o transcurso do prazo.<sup>752</sup> Já na segunda, a caracterização da inércia dependerá de um juízo sobre a razoabilidade do tempo.<sup>753</sup> Por sua relevância, estas questões repercutem no terreno da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas inconstitucionais, e merecem disciplina explícita na legislação proposta.

Assim, previsto o prazo, a responsabilidade pode originar-se logo após o seu transcurso, independentemente de qualquer interpelação.<sup>754</sup> Em contrapartida, inexistindo a consagração do lapso temporal, a responsabilização, para ser deflagrada, dependerá da prévia constituição do Estado em mora, através da utilização dos instrumentos constitucionalmente

<sup>748</sup> De acordo com a clássica tipologia de José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86.

<sup>749</sup> A conceituação da inconstitucionalidade por omissão é extraída das lições de Daniel Wunder Hachem. HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66 e ss.

<sup>750</sup> Neste sentido, cf., entre outros: MODESTO, Paulo. Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 99, p. 115-127, 1991, p. 121; HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção...*, p. 67; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 136.

<sup>751</sup> Sobre isso, cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 729; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 615-616; HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção...*, p. 67; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 136. Um exemplo de norma constitucional que fixa o prazo é o art. 37, X da Constituição Federal: “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

<sup>752</sup> Cf.: HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção...*, p. 67; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 136.

<sup>753</sup> Conforme Flávia Piovesan, apenas o não fazer em tempo útil poderá gerar a inconstitucionalidade por omissão. PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.82.

<sup>754</sup> Pode-se citar, como defensores desta tese, e a título exemplificativo: FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado...*, p. 219; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 729; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 616.



previstos para a superação das omissões (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção).<sup>755</sup>

Ainda, como nas demais hipóteses de responsabilização outrora citadas, importante fazer o contraponto com o plano estadual e municipal. Nesta esteira, vê que o dever de legislar pode igualmente estar insculpido em norma de Constituições estaduais ou mesmo na Lei Orgânica do Distrito Federal, sujeitas ao mesmo regime de controle (na medida em que também dirão respeito a omissões legislativas inconstitucionais).<sup>756</sup> Ademais, é possível estender o mesmo raciocínio ao descumprimento da atividade legiferante que advenha de norma insculpida em Lei Orgânica municipal. Todavia, aqui, por não se tratar propriamente de inércia inconstitucional, o controle deverá ser operacionalizado apenas de forma difusa, tendo em vista o silêncio normativo a respeito da utilização dos instrumentos próprios.<sup>757</sup>

Por fim, e ainda sobre a responsabilidade decorrente de omissões legislativas, ponderação pertinente, e que deverá constar expressamente no regramento a respeito da obrigação reparatória estatal, é que a omissão só se extingue com a efetiva produção do ato legislativo,<sup>758</sup> e não apenas com o início do processo legislativo.<sup>759</sup>

Desta feita, com a análise das omissões, restam-se investigadas as três hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, e que deverão integrar ocasional legislação. Entretanto, um questionamento que exsurge a partir de então é o seguinte: uma vez responsabilizado o Estado no desempenho da função legislativa, pode este exercer o seu direito de regresso contra os responsáveis? O tema não é dos mais simples.<sup>760</sup> Crucial ressaltar que as condutas perpetradas pelos responsáveis durante o processo legislativo também dizem respeito

<sup>755</sup> Conforme bem pontua, por exemplo, Maurício Zockun. Segundo ele, ainda que sem realizar a distinção entre normas constitucionais que prevejam o prazo e aquelas que não o estipulem, “a inércia legislativa ilícita surge com a manifestação do Poder Judiciário”. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 162.

<sup>756</sup> André Ramos Tavares anota, neste ponto, que as Constituições estaduais atualmente vigentes consagram, como parte do controle abstrato de normas, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 474. Discorrendo sobre o controle de constitucionalidade por omissão em âmbito estadual, André Puccinelli Júnior argumenta que “parece estreme de dúvida que a autorização contida na Constituição Federal para que os Estados-membros instituem a representação de inconstitucionalidade também abrange a disfunção omissiva”. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 178-179.

<sup>757</sup> Neste sentido: “no silêncio legislativo a respeito do controle da incompatibilidade entre leis orgânicas municipais e normas inferiores, não pode subsistir outra conclusão senão a de que, devido à imperatividade de eliminar do ordenamento jurídico positivo antinomias e outros vícios que venham lhe tolher a coerência, é necessário que seja permitido aos órgãos do Judiciário conhecer tais normas incompatíveis e impedir que produzam efeitos sobre relações jurídicas legalmente constituídas. Não há no sistema jurídico pátrio, no entanto, forma uniforme de proceder a esse efeito senão por meio do controle difuso, caso a caso (...)”. TAVARES, André Ramos. *Curso...*, p. 482. No mesmo sentido: PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 181.

<sup>758</sup> Conforme Maurício Zockun. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 164.

<sup>759</sup> Como defende José dos Santos Carvalho Filho. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 615.

<sup>760</sup> De acordo com André Puccinelli Júnior. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 264.

ao exercício da função legislativa, na medida em que esta se subdivide entre a atividade de legislar (procedimento) e o resultado dela decorrente (produto legislativo).<sup>761</sup>

Quando se está diante do exercício do direito de regresso em desfavor dos parlamentares, a doutrina majoritária posiciona-se, e de forma acertada, pela impossibilidade, sob o argumento principal de que estes seriam dotados constitucionalmente de imunidade material,<sup>762</sup> o que impediria a sua responsabilização civil pelos votos proferidos.<sup>763</sup>

Porém, e nas hipóteses do exercício da função legislativa fora do âmbito do Poder Legislativo?<sup>764</sup> Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, por exemplo, nos casos envolvendo atos legislativos atípicos de competência do Poder Executivo, nada obstaría o exercício do direito de regresso.<sup>765</sup> Contudo, revela-se mais adequado o posicionamento de André Puccinelli Júnior. Para este, quando do exercício da função legislativa atípica, da mesma forma há que se compreender pela impossibilidade do desempenho do direito de regresso, uma vez que, nestas situações, a prerrogativa parlamentar de imunidade deve ser igualmente estendida aos demais agentes.<sup>766</sup> Com isso, e em síntese, inviável o direito de regresso no contexto da responsabilidade por atos legislativos, assertiva esta que deve constar expressamente na legislação cuidando do dever reparatório estatal.

Importante anotar que Maurício Zockun aceita excepcionalmente o exercício do direito de regresso em face do parlamentar, excluindo-se a imunidade material, nas hipóteses em que este tenha “vendido o voto” e que a sua atuação tenha sido determinante para a ocorrência do ato ou omissão legislativa danosa.<sup>767</sup> Portanto, e admitindo-se essa possibilidade – com a devida adaptação – também nas situações envolvendo o exercício atípico da função legislativa, pode

<sup>761</sup> Consoante bem esclarece Maurício Zockun, ressaltando que, contudo, não existe uma nomenclatura única para estas atividades. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 173.

<sup>762</sup> Cf.: art. 53 (deputados federais e senadores); art. 27, § 1º (deputados estaduais); art. 32, § 3º (deputados distritais e membros da Câmara Legislativa do Distrito Federal) e art. 29, VIII (vereadores).

<sup>763</sup> Neste sentido: PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 266; ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 177-178; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 208; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Aspectos polêmicos da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 5, dez./jan. 2001, p. 257-276, p. 274.

<sup>764</sup> Cite-se, como exemplo, a análise das omissões legislativas nas situações em que a Constituição atribuiu a iniciativa legislativa a outros atores, e não ao Poder Legislativo (art. 61). A respeito da iniciativa legislativa, cf.: SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 529-531. Ademais, pode-se mencionar também o caso das medidas provisórias, inseridas, como visto, no rol de atos legislativos pelo art. 59, V da Constituição Federal.

<sup>765</sup> A autora, contudo, não aborda os cenários envolvendo as omissões legislativas. Cf.: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Aspectos...*, p. 274.

<sup>766</sup> A assertiva é realizada apenas quanto às medidas provisórias. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa...*, p. 269. No entanto, nada impede que o raciocínio seja compreendido de forma geral, concernente a qualquer exercício atípico da função legislativa.

<sup>767</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial...*, p. 181-184. O autor admite, inclusive, a responsabilidade pessoal direta do parlamentar.

este cenário configurar-se efetivamente como uma exceção à impossibilidade do direito de regresso na seara da responsabilidade estatal por atos legislativos?

O que se infere é que a situação se trata, genericamente, de dano ocasionado em razão de conduta dolosa. No entanto, não parece que a imunidade material possa ser afastada ainda que em decorrência de comportamentos dolosos, na medida em que a Constituição Federal, nos dispositivos pertinentes, não faz essa ressalva.<sup>768</sup> Ademais, caso este fosse o entendimento, eventuais lesões extrapatrimoniais originadas por palavras ou opiniões dos parlamentares, ainda que conectadas com o exercício do mandato, também ensejariam o afastamento da imunidade material, vez que haveria neste contexto a caracterização do dolo – o que não se verifica no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que mantém, nestes casos, a prevalência da imunidade e a impossibilidade de responsabilização pessoal.<sup>769</sup>

Aproveitando-se o tema das imunidades, torna-se imperioso salientar que se encontra em discussão no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de exclusão da responsabilidade civil do Estado em razão de danos ocasionados por atos abrangidos pela imunidade material.<sup>770</sup> A definição desta questão pode refletir diretamente na responsabilidade estatal por atos legislativos.<sup>771</sup> Isto porque, caso haja o reconhecimento de que o ato acobertado pela imunidade exclui a própria reparação pelo Estado, certo é que se poderá sustentar que este é irresponsável legislativamente, uma vez que inexistiria, então, qualquer obrigação do ente proveniente de votos dos parlamentares.<sup>772</sup>

No entanto, oportuno explicitar, aproveitando-se do argumento utilizado doutrinariamente para defender a responsabilidade do Estado em face das imunidades parlamentares, que estas últimas não se tratam de proteções conferidas às pessoas estatais, e sim aos órgãos legislativos.<sup>773</sup> Por esta razão, o fato de os parlamentares estarem imunes não retira a possibilidade de o Estado ser obrigado a reparar os danos eventualmente ocasionados por aqueles. Acrescente-se, a isso, que entender em sentido contrário seria desprestigiar o

<sup>768</sup> Cf., novamente: art. 53 (deputados federais e senadores); art. 27, § 1º (deputados estaduais); art. 32, § 3º (deputados distritais e membros da Câmara Legislativa do Distrito Federal) e art. 29, VIII (vereadores).

<sup>769</sup> Cf., apenas como exemplo: Pet 5.714 AgR, Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 13/12/2017.

<sup>770</sup> Trata-se do RE nº 632.115/CE, com repercussão geral reconhecida.

<sup>771</sup> Ainda que se pudesse aventar que a função legislativa se desdobra, como visto, em atividade de legislar e produto legislativo, e que a obrigação reparatória advém efetivamente deste último (e não do voto).

<sup>772</sup> Destaque-se que a imunidade material pelos votos, justamente, foi um dos argumentos apontados outrora para inviabilizar a responsabilização estatal por atos legislativos. Cf., a esse respeito: ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil* ..., p. 86-88; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade*..., p. 109.

<sup>773</sup> Sobre isso: ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil* ..., p. 215-216; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade*..., p. 109.

princípio da igualdade perante os ônus e encargos públicos,<sup>774</sup> privilegiando-se, ao revés, a irresponsabilidade.<sup>775</sup> No mais, a responsabilização não resulta em qualquer constrangimento à atividade política, na medida em que o legislador continuará isento do dever de reparar.<sup>776</sup> Todavia, ante a controvérsia, necessário que a lei preveja explicitamente a responsabilização.

Desta forma, com o enfrentamento das questões relacionadas ao direito de regresso, e às imunidades, restam-se superados os principais assuntos concernentes à responsabilidade extracontratual estatal decorrente do desempenho da função legislativa. Como última observação, impõe-se anotar que a responsabilidade por atos legislativos (aqueles constantes do rol art. 59 da Constituição Federal) não se confunde com a obrigação porventura decorrente de outros atos normativos.<sup>777</sup>

Contudo, as hipóteses de responsabilização não se diferem substancialmente. São elas: i) os atos normativos inconstitucionais ou ilegais, sendo que, para a hipótese da inconstitucionalidade, inexistente diferença para o cenário das leis inconstitucionais;<sup>778</sup> ii) os atos normativos constitucionais, em que a obrigação reparatória dá-se nos mesmos moldes das leis constitucionais; iii) a omissão normativa ilícita ou inconstitucional, sendo que esta última será objeto de controle pelos mesmos instrumentos das omissões legislativas.<sup>779</sup> Ocorre que, neste ponto, não há que se falar em imunidades materiais,<sup>780</sup> restando-se possível o exercício do direito de regresso.

<sup>774</sup> Cf.: CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257-258.

<sup>775</sup> A respeito do assunto, cf.: FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1203-1204.

<sup>776</sup> A afirmação torna-se relevante uma vez que o Ministro Luís Roberto Barroso, ao reconhecer a repercussão geral no RE 632.115/CE, destacou que o cerne da questão giraria em torno da seguinte problemática: “de um lado, a imputação de responsabilidade civil objetiva ao Estado por opiniões, palavras e votos de parlamentares parece reforçar a ideia de igualdade na repartição de encargos sociais. Por outro lado, o reconhecimento desse dever estatal de indenizar por conduta protegida por imunidade material pode constranger a atuação política e o próprio princípio democrático”.

<sup>777</sup> Inclusive, e notadamente, os decretos regulamentares expedidos pelo Poder Executivo. Neste sentido: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil...*, p. 535; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 98-99; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Aspectos polêmicos...*, p. 273.

<sup>778</sup> Esclareça-se, contudo, com relação aos decretos regulamentares, que: “se o decreto regulamentar se ajusta aos parâmetros da atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, neste caso, decreto e lei se complementam, de tal modo que a pretensão indenizatória do particular prejudicado, se fundada em pretendida inconstitucionalidade do decreto, mais se condiciona ao reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade desta pelo tribunal competente, como dano provado por lei inconstitucional”. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil...*, p. 536.

<sup>779</sup> A construção baseia-se na abordagem realizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que trata a responsabilidade por atos legislativos conjuntamente com a obrigação decorrente de outros atos normativos. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...*, p. 827-831.

<sup>780</sup> É o que se pode extrair da contribuição de Juliana Cristina Luvizotto. LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade...*, p. 98.

Cumpre-se, ao final, realizar um comparativo entre as conclusões apresentadas para este tópico, e o tratamento dispensado ao tema pelas proposições da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Quanto ao projeto da Câmara, vê-se que, de forma equivocada, não houve qualquer previsão a respeito da responsabilização extracontratual estatal por atos legislativos.<sup>781</sup> O exame, portanto, deve se ater somente à proposta do Senado.

Com relação a esta, nota-se que existiu, em consonância com o que foi sustentado, a expressa previsão de responsabilização do Estado em função dos atos legislativos,<sup>782</sup> sem que se houvesse, porém, a necessária definição destes últimos. No mais, depreende-se que foram abarcadas, corretamente, as três hipóteses de responsabilidade suscitadas.<sup>783</sup> Ocorre que, com relação às leis inconstitucionais, apesar do acerto na definição de que a inconstitucionalidade pode ser declarada por via concreta ou difusa, inexistiu qualquer menção às consequências da modulação. Para além do mais, não se verifica a indicação de que a constitucionalidade pode ser aferida com base nas Constituições estaduais (e Lei Orgânica do Distrito Federal), bem como que a obrigação pode se originar de lei municipal contrária a Lei Orgânica do respectivo ente. Ainda, observa-se ilegítima restrição da responsabilidade apenas aos danos especiais,<sup>784</sup> quando a especialidade é uma característica apenas dos danos ocasionados por condutas lícitas.

Em complementação, no que se refere à segunda categoria de responsabilização (leis constitucionais), a proposta acertou ao não delimitar a reparação somente às hipóteses de leis de efeitos concretos, optando, escorreitamente, por um tratamento legal mais genérico.<sup>785</sup> O desacerto, todavia, advém – e novamente – da falta de menção aos planos estadual e municipal.<sup>786</sup>

Por fim, quanto às omissões legislativas, vê-se que a proposição silencia, e inadvertidamente, a respeito da diferenciação entre os deveres impostos quando o prazo já se encontra assinalado na norma, e aqueles em que o interstício é inexistente (uma vez que no primeiro caso a omissão se verifica diretamente com o transcurso do tempo previsto). Outrossim, para as hipóteses em que o prazo é ausente, a proposta apresenta-se adequada ao reconhecer a imprescindibilidade de que a omissão inconstitucional seja declarada judicialmente, pelos instrumentos próprios. Entretanto, novamente não há menção à

---

<sup>781</sup> Na proposta original, havia a previsão de responsabilização pela edição de leis inconstitucionais.

<sup>782</sup> Art. 13 do PLC nº 126/2015.

<sup>783</sup> Art. 13, I, II e III.

<sup>784</sup> Cf. art. 13, I. Com relação à afirmação de restrição aos danos especiais, observe-se que a lei se utiliza da expressão “lei que atinja pessoas ou grupos determinados”.

<sup>785</sup> Cf. art. 13, II.

<sup>786</sup> Como se viu, a lei estadual e/ou municipal pode estar adequada à Constituição Estadual (ou Lei Orgânica do Distrito Federal), e gerar danos. Ademais, lei municipal em conformidade com a Lei Orgânica municipal também pode ensejar a responsabilidade.

possibilidade de que o dever de legislar advenha de Constituições estaduais (ou Lei Orgânica do Distrito Federal), bem como de Lei Orgânica municipal.<sup>787</sup> Ainda, outro ponto a ser destacado é o não detalhamento de que a omissão só é suprida com a efetiva publicação do ato.<sup>788</sup>

Ao final, cumpre-se observar que a proposta é omissa quanto à ausência de direito de regresso no caso de atos legislativos, e também não esclarece que o Estado continua a ser responsável mesmo nas circunstâncias envolvendo atos abrangidos por imunidades.

---

<sup>787</sup> Como se disse, para as situações envolvendo as Constituições estaduais e Lei Orgânica do Distrito Federal, o descumprimento do dever de legislar imposto também se configurará em omissão inconstitucional, podendo ser controlado pelos mesmos instrumentos próprios. Ao revés, caso o dever esteja inscrito em Lei Orgânica municipal, a omissão terá de ser identificada apenas de forma difusa (e não será considerada inconstitucional), ante a inexistência de previsão normativa para o controle próprio.

<sup>788</sup> Cf., sobre todas as questões, o art. 13, III do projeto.



### Capítulo 3 – A responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais

A última questão que deveria ser abordada por eventual lei destinada a disciplinar a responsabilidade civil do Estado é a obrigação reparatória dos danos ocasionados por atos judiciais. De início, convém esclarecer que se adota, aqui, a nomenclatura “atos judiciais” e não “atos jurisdicionais”.<sup>789</sup> A razão fundamenta-se no fato de que, em princípio, a terminologia “atos judiciais” representa de forma mais acertada todos os tipos de manifestações abrangidos por esta categoria de responsabilização, que tem como traço distintivo a existência de uma maior resistência na aceitação do dever de reparar,<sup>790</sup> e também a dificuldade na admissão de sua subsunção ao regime geral do art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>791</sup>

Neste sentido, veja-se que a definição de atos jurisdicionais não é pacífica, na medida em que esta pode variar de acordo com a própria concepção de jurisdição.<sup>792</sup> Geralmente, a expressão é relacionada aos atos decisórios proferidos por magistrados nos processos,<sup>793</sup> possuindo como exemplo típico as sentenças.<sup>794</sup> No entanto, para alguns autores, o conceito de atos jurisdicionais seria ainda mais restrito, não englobando as decisões proferidas na seara de

<sup>789</sup> Por obviedade, aqui, os termos atos judiciais e atos jurisdicionais não são tratados como expressões de idêntico sentido. Em sentido contrário, cf., como exemplo: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 897; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 616-617.

<sup>790</sup> Não por outro motivo que Yussef Said Cahali qualifica esta temática como o último reduto da irresponsabilidade estatal. CAHALI, Yussef. *Responsabilidade Civil...*, p. 469. Paulo Henrique Macera, por sua vez, denomina a temática de tabu. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade do Estado por omissão judicial*. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 146-147.

<sup>791</sup> De acordo com Rita de Cássia Zuffo Gregório. GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 116-117.

<sup>792</sup> MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais. *ReDAC - Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 18, p. 135-155, mai./jun. 2015, p. 138 (nota de rodapé “7”).

<sup>793</sup> Relacionando ato jurisdicional com atividade decisória, cf.: CAHALI, Yussef. *Responsabilidade Civil...*, p. 474; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 51. Thiago Marrara e Paulo Henrique Macera também se posicionam pelo enquadramento dos atos de cunho decisório como atos tipicamente jurisdicionais, mas restringem o conceito apenas à jurisdição contenciosa. MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 138.

<sup>794</sup> Citam-se, aqui, também as decisões interlocutórias, decisões monocráticas e, na forma colegiada, os acórdãos. Ainda que não de forma pacífica, há quem sustente também a existência de despachos com conteúdos decisórios mínimos, ao menos no âmbito do processo civil (cf., apenas como exemplo: AgRg no Ag 1368787/SP, Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 25/02/2011).

processos executivos,<sup>795</sup> ou mesmo no âmbito da jurisdição voluntária,<sup>796</sup> porque nestas duas situações haveria, em verdade, o exercício da função administrativa. Note-se que, apenas as divergências existentes quanto ao alcance da locução “atos jurisdicionais” já recomendariam que a sua utilização, em ocasional legislação sobre a responsabilidade, fosse evitada.

Contudo, ainda que assumindo como tipicamente jurisdicionais todos os atos de cunho decisório, proferidos pelos magistrados no âmbito de processos judiciais (independente da fase e natureza), a adoção da expressão “atos jurisdicionais” se revelaria inadequada. O motivo advém da viabilidade de se identificarem outras ações em que a reparação poderia sofrer alguma resistência, sem que se aceitasse de forma irrefutável o seu enquadramento no regime do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Mencionem-se, como exemplos, eventuais danos ocasionados por atividades materiais exercidas, em âmbito processual, pelos magistrados.<sup>797</sup> Ainda que se argumentasse que os atos seriam administrativos, e passíveis de responsabilização pela sistemática geral, teses imunizantes utilizadas para sustentar a irresponsabilidade do Estado-juiz poderiam ser suscitadas.<sup>798</sup>

Por isso, adota-se a expressão mais genérica “responsabilidade civil do Estado por atos judiciais”. Por atos judiciais devem ser entendidos, então, todas as ações ou omissões verificadas no curso do processo judicial, atribuíveis aos magistrados ou ainda aos auxiliares da justiça,<sup>799</sup> estes últimos em cumprimento às determinações judiciais ou mesmo no exercício dos seus deveres de ofício.<sup>800</sup> Ademais, justifica-se a adoção da terminologia também por ser esta a que melhor se amolda ao problema das omissões, tendo em vista que, como pontua Paulo Henrique Macera, torna-se difícil encaixar os comportamentos omissivos dentro da categoria

<sup>795</sup> Como faz, por exemplo, Edmir Netto de Araújo, que classifica os atos proferidos no processo executivo como oriundos da função administrativa. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 894-896.

<sup>796</sup> Restringindo o caráter jurisdicional apenas à jurisdição contenciosa, cf., entre outros: MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 137-139; SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 115-116; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 894-895; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 103-106; ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional da Atividade Notarial e de Registro*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 36-37.

<sup>797</sup> Dentro do processo civil, para além dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos, conforme o art. 203 do Código de Processo Civil), podem-se identificar atos materiais realizados pelos juizes no curso processual, como a inquirição de testemunhas e a realização de inspeção judicial.

<sup>798</sup> Os argumentos tradicionalmente apontados serão enfrentados a seguir. No entanto, pode-se citar neste ponto, de forma ilustrativa, a ideia de que o processo envolve um risco assumido pelo jurisdicionado.

<sup>799</sup> Sobre os auxiliares, veja-se o art. 149 do Código de Processo Civil.

<sup>800</sup> Alexandre Targino Gomes Falcão, dentro desta perspectiva, inclui no terreno da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais eventuais danos ocasionados por auxiliares da justiça em cumprimento a determinações judiciais. FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional (ênfase no direito brasileiro)*. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 128. No entanto, pode-se cogitar da responsabilidade extracontratual estatal por ato judicial em virtude, por exemplo, de descumprimento de dever de ofício por parte dos auxiliares que impliquem em algum dano.

“atos jurisdicionais”.<sup>801</sup> Como contraponto, encontram-se fora deste conceito os atos praticados pelo Poder Judiciário externamente ao processo, sejam eles de cunho eminentemente administrativo ou normativo,<sup>802</sup> porque quanto a estes inexistem controvérsias quanto à submissão ao regime geral.

Assim, a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais está relacionada com potenciais danos oriundos de condutas praticadas pelos agentes do Poder Judiciário (magistrados ou auxiliares da justiça) na seara processual.<sup>803</sup> Neste ponto, sobretudo quanto aos atos dos juízes, encontram-se algumas objeções à própria ideia de ressarcimento, e também à adequação da reparação ao regime padrão de responsabilidade. O tema, dentro do campo da obrigação reparatória do Estado, é provavelmente o mais polêmico,<sup>804</sup> demandando, assim, tratamento expresso por uma futura legislação.<sup>805</sup>

Contudo, antes de se adentrar especificamente no exame de eventual disciplina legal da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, torna-se relevante apresentar os argumentos tradicionalmente utilizados para negar a responsabilização nesta seara.<sup>806</sup> No geral, a doutrina aponta, com maior ou menor amplitude, as seguintes justificativas: i) a soberania do Poder Judiciário; ii) a independência da magistratura; iii) a falibilidade contingencial dos juízes; iv) o risco assumido pelo jurisdicionado; v) a incontestabilidade da coisa julgada; vi) a ausência

<sup>801</sup> MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 148-149.

<sup>802</sup> Os atos eminentemente administrativos referem-se a, entre outros, nomeações e licitações. Por sua vez, atos normativos seriam aqueles destinados a, entre outras coisas, dispor sobre a competência e funcionamento dos Tribunais. Sobre estas duas tipologias, cf.: MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 137-139; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 110.

<sup>803</sup> Neste sentido, mas adotando a nomenclatura “responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais”, cf.: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 115; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 85-96, out./dez. 1994, p. 85; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 616-617; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 117-118.

<sup>804</sup> Como aponta Emerson Gabardo. GABARDO, Emerson. *Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (orgs.). Direito Público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-298, p. 259.

<sup>805</sup> O tratamento legislativo existente sobre a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais é, inclusive, criticado por Joel Dias Figueira Júnior. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade...*, p. 29.

<sup>806</sup> Esta questão, como bem apontam Thiago Marrara e Paulo Henrique Macera, é bastante explorada pela doutrina. MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 140.

de texto constitucional ou legal expresso.<sup>807</sup> Registre-se, neste ponto, que a maioria dos argumentos estão relacionados aos atos cometidos por magistrados. Cumpre-se, agora, refutá-los.

O primeiro argumento, da soberania do Poder Judiciário, não tem o condão de obstaculizar a responsabilidade, pelos mesmos motivos apontados no capítulo anterior com relação aos atos legislativos. Relevante acrescentar, dentro deste contexto, que a soberania não é um atributo do Poder Judiciário, nem de qualquer outro Poder de forma isolada, mas sim do Estado como um todo.<sup>808</sup> Ressalta-se, contudo, que ainda se podem observar partidários desta tese.<sup>809</sup>

Seguindo, no que se refere à independência da magistratura, também não há como se concordar com o suposto empecilho. É importante que sejam conferidas garantias aos juízes,<sup>810</sup> mas isso não pode significar a irresponsabilidade do Estado pelas lesões eventualmente ocasionadas por eles. Na realidade, a responsabilidade não se trata de um elemento antagônico à independência,<sup>811</sup> e deve ser entendida justamente como consequência automática da atribuição de competências.<sup>812</sup> Ademais, como se destacou outrora,<sup>813</sup> a obrigação reparatória direta é do Estado, sendo cabível apenas a responsabilização regressiva dos magistrados, o que contribui para assegurar a independência destes.<sup>814</sup> Por fim, certo que a independência não pode ser alçada ao patamar de imunidade.<sup>815</sup>

<sup>807</sup> Como exemplos de autores que apresentam e criticam argumentos imunizantes no campo da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, cf.: SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 121-147; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 128-157; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100-126; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 164-186; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 111-116; ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. *Revista Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 747-792, 2004, p. 759-774; PRADO, Safira Orçatto M. do. *Fundamentos da Irresponsabilidade Estatal por Atos Judiciais – Críticas e Refutações*. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 14, p. 87-109, out./dez. 2003.

<sup>808</sup> Sobre a soberania como um atributo do Estado, e não de seus Poderes, cf.: FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 164-186; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 111-116.

<sup>809</sup> Veja-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 600; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo...*, p. 1018-1019.

<sup>810</sup> Cf., a esse respeito, o art. 95 da Constituição Federal.

<sup>811</sup> Destacando a ausência de contrariedade entre responsabilidade e independência, cf.: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 126; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 164-181.

<sup>812</sup> Na síntese de Clèmerson Merlin Clève e Júlia Ávila Franzoni “competência implica responsabilidade”. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 112.

<sup>813</sup> Cf. capítulo I desta parte III.

<sup>814</sup> Sobre isso: SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 129; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 112; ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 762; PRADO, Safira Orçatto M. do. *Fundamentos da Irresponsabilidade...*, p. 101.

<sup>815</sup> ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 762.

Outros dois argumentos que são identificados pela doutrina como justificativas adotadas para a tese da irresponsabilidade são a falibilidade contingencial dos juízes e o risco assumido pelos jurisdicionados. Tratam-se de duas hipotéticas barreiras de reduzido potencial de convencimento. A falibilidade contingencial está relacionada com a viabilidade de se afastar a responsabilização, porque os juízes são passíveis de erro. No entanto, é justamente a probabilidade de os juízes se equivocarem, e causarem danos, que justifica a obrigação reparatória.<sup>816</sup> Ademais, alegar que o risco pelos danos ocasionados em decorrência do processo é assumido pelos jurisdicionados, e que isto implicaria em reconhecer a ausência do dever de reparar, também não tem o poder de atestar a irresponsabilidade. A razão é simples: o risco da atividade é do Estado, e não dos jurisdicionados.<sup>817</sup>

O quinto obstáculo anteriormente destacado foi a incontrastabilidade da coisa julgada, tida por alguns como o fundamento mais forte em prol da ausência de responsabilização do Estado-juiz.<sup>818</sup> Para os limites deste trabalho, não há nenhum óbice em se adotar a conceituação de coisa julgada trazida pelo Direito processual civil pátrio, que a define como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.<sup>819</sup> Veja-se que, da própria descrição do instituto, pode-se extrair que a alegação, caso procedente, implicaria apenas em uma irresponsabilidade parcial, pois estaria adstrita apenas às decisões de mérito, sendo possível cogitar-se de outros atos judiciais que estariam imunes à incidência da coisa julgada (e, portanto, ao aduzido empecilho dela decorrente).<sup>820</sup>

O argumento sustenta-se no fato de que o ordenamento jurídico disponibilizaria mecanismos para a correção de equívocos cometidos durante a prestação jurisdicional, como

<sup>816</sup> Esta justificativa é fortemente criticada pela doutrina. Cf, como exemplo: SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 142.; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 148; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 116-118; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 174; PRADO, Safira Orçatto M. do. *Fundamentos da Irresponsabilidade...*, p. 104.

<sup>817</sup> Como apontam, entre outros: DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 148-150; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 176-177.

<sup>818</sup> É o que argumentam, por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 86; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 103; SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 131; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 134; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 116-118; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 112; ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 763.

<sup>819</sup> Nos termos do art. 502 do Código de Processo Civil. Ricardo Alexandre da Silva salienta que o dispositivo legal cumpre com a finalidade de indicar ao intérprete as características fundamentais da coisa julgada. Ademais, segundo o autor, apesar da menção à “coisa julgada material”, não haveria necessidade em se classificar a coisa julgada em formal e material, uma vez que a primeira não possuiria autonomia conceitual em relação à preclusão. SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites Objetivos da Coisa Julgada e Questões Prejudiciais*. 2016. 218 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 39 e 41-42, respectivamente.

<sup>820</sup> Cf., a título exemplificativo: GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 106; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 115; ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 763; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 911.



os recursos e outros meios de impugnação autônoma. Assim, sendo a decisão de mérito submetida à autoridade da coisa julgada, não haveria como o Estado ser responsabilizado por eventual erro atinente àquela.<sup>821</sup> Pretensa responsabilização só seria admitida, então, caso, por intermédio de ação rescisória, revisão criminal ou outro meio específico,<sup>822</sup> a coisa julgada fosse previamente desconstituída.<sup>823</sup>

Contudo, não há como se concordar com o referido posicionamento. A responsabilidade civil do Estado por atos judiciais não depende, na hipótese das decisões de mérito, de antecedente desconstituição da coisa julgada.<sup>824</sup> Dois são os motivos principais: i) eventual ação de indenização não se configura como meio de impugnação da coisa julgada; ii) em caso de procedência da demanda indenizatória, com o reconhecimento do erro da decisão, não haveria incompatibilidade com a coisa julgada do processo primitivo.<sup>825</sup>

Sobre a primeira alegação, impõe-se esclarecer que o objetivo de potencial demanda indenizatória, em razão de decisão de mérito equivocada, não é o de desconstituir a coisa julgada. Veja-se que esta permanecerá incólume, vinculando as partes da demanda original, ainda que seja deferida a pretensão indenizatória.<sup>826</sup> Inobstante, inexistente, comparando-se a ação de indenização e a demanda onde a decisão equivocada foi proferida, total identidade quanto às partes, causa de pedir ou pedido,<sup>827</sup> sendo certo que o Estado-juiz não deve ser confundido com o Estado-parte.<sup>828</sup>

<sup>821</sup> Como apontam, entre outros: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 730; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 103.

<sup>822</sup> Com relação à ação rescisória, cf. arts. 966 e ss. do Código de Processo Civil. A respeito da revisão criminal, cf. art. 621 e ss. do Código de Processo Penal.

<sup>823</sup> Neste sentido, entre outros: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 121; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *IP – Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago.2007, p. 87; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 730.

<sup>824</sup> Corroborando com este posicionamento, cf.: SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 139; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 114; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 172-173; ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 766; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 87; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 916-917; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 102-107; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 187; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo...*, p. 410 (salienta a imprescindibilidade da desconstituição apenas quanto à revisão criminal).

<sup>825</sup> As justificativas são apresentadas por Paulo Henrique Macera. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 82.

<sup>826</sup> A respeito do assunto, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 87; SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 139; ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 763.

<sup>827</sup> Como salienta Augusto do Amaral Dergint, “a ação de indenização não envolverá as mesmas partes (que continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada), mas, sim, uma delas o Estado”. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 187. De igual forma: ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 766; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 83.

<sup>828</sup> Conforme atesta Odoné Serrano Júnior. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 140.



No que se refere à segunda alegação, convém esclarecer que é comum a defesa da necessidade da prévia desconstituição do julgado com o intuito de se proteger a segurança jurídica.<sup>829</sup> Ruy Rosado de Aguiar Júnior, por exemplo, esclarece que o ordenamento jurídico não comportaria duas sentenças antagônicas e igualmente eficazes.<sup>830</sup> Contudo, ainda que se possa reconhecer este inconveniente,<sup>831</sup> também não se pode concordar que este conduziria à total irresponsabilidade do Estado pelo erro na decisão de mérito não desconstituída.

Primeiro, porque se deve procurar um equilíbrio entre a segurança jurídica e o princípio da justiça, que exige a recomposição dos danos causados por uma decisão definitiva com erro.<sup>832</sup> Segundo, porque, e mais importante, o beneficiário da segurança jurídica não é o Estado-juiz, e sim os jurisdicionados envolvidos na demanda em que o pronunciamento judicial tornou-se definitivo. No mais, a própria ação de reparação estará submetida a um prazo prescricional, o que permite a estabilização da relação jurídica entre o Estado-juiz e o lesado.<sup>833</sup>

Por essas razões, a coisa julgada não serve como barreira à responsabilização estatal, inicialmente porque, caso assim o fosse, obstaria tão somente a obrigação reparatória decorrente de decisões de mérito definitivas. Inobstante, é plenamente possível sua a desconstituição, sendo que a reparação, até mesmo, e como se viu, independe deste prévio afastamento (ainda que, logicamente, e caso possível, seja interessante ao prejudicado valer-se dos mecanismos próprios de desconstituição da coisa julgada).<sup>834</sup>

Por fim, o último obstáculo é o da ausência de texto constitucional ou legal expreso. Na verdade, trata-se do argumento prevalecente na jurisprudência pátria, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.<sup>835</sup> Com base nesta ideia, a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais só seria autorizada nos casos expressamente previstos na Constituição ou na

<sup>829</sup> Enfrentando esta faceta do argumento da coisa julgada, veja-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 88; ROZAS, Luiza Barros. *Responsabilidade do Estado...*, p. 767-768; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 84 e ss.

<sup>830</sup> Nas palavras do autor: “é preciso reconhecer, porém, que o ordenamento jurídico não pode conviver com a inconciliável oposição entre duas sentenças antagônicas e igualmente eficazes (...). Pela natureza da coisa, e por uma exigência lógica, tal antagonismo deve ser evitado”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado...*, p. 87. Destacando a importância de se preservar a segurança jurídica, cf. também: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 121; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 730.

<sup>831</sup> Como aponta Odoné Serrano Júnior. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 140.

<sup>832</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 88.

<sup>833</sup> Trata-se da opinião de Paulo Henrique Macera. Assim, “a coisa (soberanamente) julgada material visa à estabilização das relações jurídicas entre as partes envolvidas no litígio, e não imunizar o Estado por eventuais danos que causar relacionados à prestação jurisdicional que ofereceu às partes envolvidas nessa relação processual. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 86.

<sup>834</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 919.

<sup>835</sup> Conforme já adiantado outrora. Cf. capítulo 1 da parte I.

legislação ordinária.<sup>836</sup> Segundo este entendimento, o texto constitucional consagraria a responsabilização unicamente nas seguintes situações: i) erro judiciário,<sup>837</sup> tratando-se de assunto extremamente controvertido na doutrina;<sup>838</sup> ii) prisão além do tempo fixado na sentença.<sup>839</sup>

Ademais, com supedâneo neste mesmo entendimento, e voltando-se para a legislação infraconstitucional, pode-se sustentar que a obrigação reparatória decorreria também, por exemplo: i) do art. 143 do Código de Processo Civil; ii) do art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional; iii) do art. 630 do Código de Processo Penal; iii) do art. 1.744 do Código Civil.

Contudo, ao que parece, este argumento também carece de validade. A responsabilidade civil do Estado por atos judiciais possui fundamento amplo constitucional, no próprio art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>840</sup> Relevante salientar que o dispositivo em comento atinge, inclusive, aos magistrados, tendo em vista a utilização do termo “agentes”,<sup>841</sup> e da necessidade de que este seja apreendido a partir de uma concepção ampla.<sup>842</sup> No mais, importante ressaltar que ainda que se possa identificar o comando do art. 5º, LXXV da Constituição Federal, isto não tem o condão de afastar a fundamentação da obrigação por atos judiciais na regra geral.

Podem-se citar, ao menos, quatro motivos: i) a previsão constitucional da responsabilização por erro judiciário e pela prisão em tempo excessivo são apenas espécies de responsabilidade por atos judiciais; ii) não há incompatibilidade entre os dispositivos, mesmo porque não há qualquer previsão no art. 5º, LXXV da Constituição Federal sobre a reparação se dar de modo subjetivo; iii) inviável que uma norma inserida no catálogo de direitos e

<sup>836</sup> Citam-se aqui, dentre inúmeros outros, os seguintes arestos: ARE 828027, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, DJe 23/11/2017; ARE 939966 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 18/05/2016; ARE 934578 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 21/03/2016.

<sup>837</sup> Conforme previsão do art. 5º, LXXV da Constituição Federal: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

<sup>838</sup> Sobre a controvérsia em torno do conceito de erro judiciário, cf., por todos: MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 144 e ss.

<sup>839</sup> Novamente, a base é o art. 5º, LXXV da Constituição Federal.

<sup>840</sup> Neste sentido, entre outros: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 90; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 117-120; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 182; SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 145; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 115; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 617; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 911.

<sup>841</sup> Inclusive a adoção do vocábulo “agente”, mais abrangente do que a expressão “funcionário” utilizada em textos anteriores, conforme já destacado (capítulo 1 da parte II), permitiu com que se afastasse uma alegação corriqueira quanto à inaplicabilidade do art. 37, § 6º da Constituição Federal aos magistrados. Sustentava-se que os juízes não eram funcionários públicos, e por isso não estavam abarcados pela norma.

<sup>842</sup> Cf. capítulo 1 da parte II.

garantias fundamentais possa servir como limitação à sistemática geral prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal; iv) a consagração expressa da obrigação por erro judiciário e por prisão além do tempo ocorreu, tão somente, em razão da gravidade flagrante destas questões,<sup>843</sup> como um reforço à regra geral. Desta forma, a responsabilidade por atos judiciais é, também, objetiva.

De tudo isso, portanto, extrai-se que inexistem argumentos para se negar a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, obrigação esta que pode ser deduzida diretamente do art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>844</sup> Isto implica, ademais, na imprescindibilidade de que a legislação ordinária já existente a respeito da responsabilidade dos magistrados seja interpretada em conformidade com o texto constitucional.<sup>845</sup> Portanto, e consoante já destacado outrora, reputam-se como inconstitucionais: i) qualquer menção à responsabilização direta dos juízes; ii) a limitação da obrigação reparatória regressiva apenas à condutas dolosas;<sup>846</sup> iii) no caso específico do art. 630 do Código de Processo Penal, a ausência de responsabilização por danos decorrentes de acusação privada.<sup>847</sup>

Desta forma, crucial que a legislação ordinária proposta preveja de modo inequívoco a responsabilização extracontratual estatal por atos judiciais, entendidos estes como as ações ou omissões danosas, cometidas por juízes ou auxiliares da justiça, dentro do âmbito processual (independente da fase ou natureza do processo). Contudo, ainda que seja impossível que a lei abarque de modo exaustivo todas as possibilidades,<sup>848</sup> pela própria controvérsia em torno do tema, revela-se proveitoso que sejam contempladas exemplificadamente algumas situações.<sup>849</sup>

Comece-se, então, pelo erro judiciário, assunto muito discutido na doutrina. Como um primeiro ponto, convém frisar que o erro está relacionado intimamente com um comportamento

<sup>843</sup> Os três primeiros argumentos foram apresentados por Paulo Henrique Macera. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 62-64. A última justificativa foi apontada por Oreste Nestor de Souza Laspro. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 99.

<sup>844</sup> Augusto do Amaral Dergint chega até mesmo a sustentar a desnecessidade da previsão do art. 5º, LXXV da Constituição Federal. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 175.

<sup>845</sup> Como apontam Clèmerson Merlin Clève e Juliana Ávila Franzoni. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 120.

<sup>846</sup> Cf., sobre o assunto, o capítulo 1 desta parte III.

<sup>847</sup> Sobre a inconstitucionalidade do § 2º, alínea “b” do art. 630 do CPP, que prevê que a indenização não será devida nas situações envolvendo acusações privadas, cf., entre outros: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, p. 892-893.

<sup>848</sup> Odoné Serrano Júnior classifica a tarefa de reunir todas as hipóteses como impossível. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 148.

<sup>849</sup> Maurício Zockun lista algumas possibilidades de responsabilização por atos judiciais com base no Código de Processo Civil. ZOCKUN, Maurício. *O Novo Código de Processo Civil e o direito administrativo: (i) a aplicação subsidiária e supletiva do CPC aos processos administrativos e (ii) a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-direito-administrativo-i-a-aplicacao-subsidiaria-e-supletiva-do-cpc-aos-processos-administrativos-e-ii-a-responsabilidade-do-estado-por-ato-jurisdicional>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

ativo (ato ilícito), não se compatibilizando, portanto, com o terreno das omissões.<sup>850</sup> Ademais, o erro judiciário efetivo é aquele *stricto sensu*, imbricado diretamente com o equívoco na entrega da prestação jurisdicional, associando-se, assim, somente aos atos eminentemente decisórios.<sup>851</sup> Adverte-se, contudo, que esta observação não implica na irresponsabilidade estatal em razão de outros atos ilícitos cometidos por juízes ou auxiliares da justiça no processo, mas tão somente que estes não se enquadrariam dentro da hipótese restrita de erro judiciário.

Os debates envolvendo esta temática desenvolvem-se, notadamente, com base na redação do art. 5º, LXXV da Constituição Federal, que consagra constitucionalmente a expressão “erro judiciário”. Neste sentido, questiona-se, principalmente, se o erro estaria adstrito somente à seara penal, ou se este também contemplaria os equívocos identificados em outros ramos do Direito, inclinando-se a doutrina majoritária por este último posicionamento (mais abrangente).<sup>852</sup> Discute-se, também, se o erro judiciário só se originaria nas decisões finais, ou se este poderia ser observado também em outros tipos de pronunciamentos judiciais.<sup>853</sup> Ocorre que, como já se disse, o erro judiciário previsto na citada norma tratou-se apenas de uma complementação à regra geral (art. 37, § 6º da Constituição Federal), comando este a que todos os atos judiciais estão indistintamente submetidos.

Isto quer dizer, portanto, que a disciplina legal do erro judiciário, dentro da proposição de uma lei de responsabilidade civil do Estado, não deve ficar limitada à redação, e possíveis interpretações, oriundas do art. 5º, LXXV da Constituição Federal – ainda que os debates que se deram em torno da citada regra possam auxiliar na definição do que se deve compreender, definitivamente, como um erro judiciário. Pelo contrário, a disciplina da temática deve ser realizada com observância principal ao art. 37, § 6º da Constituição Federal, sendo a

<sup>850</sup> De acordo com a ponderação de Paulo Henrique Macera: “(...) a análise da responsabilidade por erro judiciário, em qualquer dos seus sentidos, não é campo que interesse à responsabilidade por omissão”. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 154.

<sup>851</sup> Levando-se em consideração a classificação realizada por Joel Dias Figueira Júnior, que considera como erro judiciário *stricto sensu* apenas aqueles decorrentes da imprecisão no oferecimento da tutela jurisdicional. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade...*, p. 55-58.

<sup>852</sup> Consoante bem adverte Clèmerson Merlin Clève e Júlia Ávila Franzoni. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 118. Destacando que o dispositivo em questão trata apenas do erro no âmbito penal, cf., entre outros: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 618; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo...*, p. 410; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso...*, p. 660. Ressaltando que a norma abarca também o erro cometido fora da seara criminal, veja-se, como exemplo: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 731; SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 151; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 166; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 92-93; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 196; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, p. 909-911.

<sup>853</sup> Neste sentido, cf.: MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 145-146.

interpretação mais consentânea com o referido dispositivo aquela que compreende o erro a partir de uma concepção ampla.

Assim, necessário que a lei esclareça que o erro pode acontecer em qualquer âmbito processual (seja penal, cível, trabalhista e outros). Outro ponto a ser destacado é que o equívoco pode se originar não só das decisões finais, mas também de qualquer decisão tomada no curso processual,<sup>854</sup> independente de fase ou natureza do processo.<sup>855</sup> Para além disso, indispensável a previsão a respeito da possibilidade de responsabilização por atos decisórios de caráter provisório, quando não confirmados posteriormente pela decisão final.<sup>856</sup> Contudo, no ponto das decisões provisórias, importante a ressalva, que deve ser expressa, de que a responsabilidade civil do Estado é somente subsidiária, na medida em que a reparação dos prejuízos cabe primeiramente àquele que se aproveitou da decisão equivocada.<sup>857</sup> O art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,<sup>858</sup> inclusive prevê a possibilidade de compensação, pelo vencido, de eventuais prejuízos resultantes do processo.<sup>859</sup>

Em adição, relevante salientar que o equívoco pode ter origem em erro de procedimento (*error in procedendo*) ou erro de julgamento (*error in judicando*), sendo que este último abrange tanto o caso do erro de fato quanto o do erro de Direito.<sup>860</sup> Desta feita, importante que a legislação detalhe que o erro judiciário restará configurado em função: i) de erro de procedimento, ou seja, vício na atividade em decorrência do desrespeito às normas procedimentais; ii) erro de julgamento, ou seja, quando a decisão propriamente dita é equivocada, podendo resultar de: ii.1) erro de fato: quando são admitidos fatos inexistentes ou

<sup>854</sup> Destacando a possibilidade de que os danos se originem de outros atos decisórios, para além das sentenças, cf.: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 219.

<sup>855</sup> Nesta esteira, cf.: MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 146.

<sup>856</sup> Nos termos delineados por Odoné Serrano Júnior: “O indeferimento da tutela liminar, quando devida, ou vice versa (deferimento indevido), são aptos a gerar danos e, de conseqüente, deflagrar a responsabilidade estatal”. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 161. Cf., também: GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 129.

<sup>857</sup> Como adverte Paulo Henrique Macera. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 219.

<sup>858</sup> Art. 27: “A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.

<sup>859</sup> Sobre o referido dispositivo, cf.: SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Quem paga pelos riscos dos processos? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov./2018.

<sup>860</sup> Salientando a possibilidade de o erro ser de fato ou de Direito, e ainda ser *in procedendo* ou *in judicando*, cf.: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 220-221; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 122. Dentro deste contexto, Irene Patrícia Nohara, por exemplo, esclarece que o “erro judiciário no sistema brasileiro é caracterizado pela equivocada apreciação dos fatos ou do Direito”. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, p. 893.



quando não são considerados fatos existentes,<sup>861</sup> ii.2) erro de Direito, que deve ser compreendido como a violação de norma jurídica.

No que se refere a esta última hipótese (erro de julgamento em razão de erro de Direito), importante esclarecer a questão relacionada à interpretação da norma jurídica, ou seja, se seria possível falar em erro judiciário diante de matéria controvertida.<sup>862</sup> E, neste contexto, parece ser útil a discussão outrora travada em razão do cabimento da ação rescisória com fundamento no art. 485, V do Código de Processo Civil de 1973,<sup>863</sup> e a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.<sup>864</sup>

O debate circundava-se em torno da viabilidade de se rescindir decisão de mérito pautada em orientação controvertida, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do citado enunciado sumular, entendido primeiramente pela impossibilidade. Todavia, o respectivo Tribunal, posteriormente, sufragou o posicionamento de que é cabível a ação rescisória em face de decisão baseada em dispositivo constitucional controvertido, bem como em face de decisão anterior, e contrária, à posterior pacificação da divergência pelo Supremo.<sup>865</sup> Em sentido semelhante, caminhou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a ação rescisória quando, após a prolação da decisão rescindenda sobre a temática discutível, a Corte houver cristalizado entendimento em sentido oposto.<sup>866</sup>

E qual a relação com o erro judiciário? Aparentemente, decisões antagônicas em questões controvertidas não tem o condão de subsidiar a ocorrência de um equívoco, apto a ensejar a responsabilização.<sup>867</sup> Porém, na hipótese de a jurisprudência pacificar-se em momento ulterior, de forma vinculante, em sentido contrário a um dos pronunciamentos, deve o Estado ser responsabilizado.<sup>868</sup> Todavia, esta cristalização deve ocorrer dentro do prazo da ação de reparação. Assim, imprescindível que a lei discipline esta hipótese.

<sup>861</sup> Consoante a definição trazida pelo art. 966, § 1º do Código de Processo Civil.

<sup>862</sup> Sobre isso, cf.: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 222.

<sup>863</sup> De acordo com o art. 485, V do CPC revogado, a ação rescisória seria cabível acaso houvesse violação literal de disposição de lei.

<sup>864</sup> A Súmula 383 do STF assevera que: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

<sup>865</sup> RE 328812 ED, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe 02/05/2008.

<sup>866</sup> Cf., como representante desta orientação: AR 3.682/RN, Relator: Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 28/09/2011, DJe 19/10/2011; REsp 1026234/DF, Relator: Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/05/2008, DJe 11/06/2008.

<sup>867</sup> Como adverte Odoné Serrano Júnior, as inevitáveis diferenças na interpretação da lei não são idôneas, suficientemente, para deflagrar a responsabilização. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 169.

<sup>868</sup> Na medida em que, conforme assevera Oreste Nestor Laspro, a decisão que não for a correta deve ser considerada um erro judiciário (vale destacar que o autor não faz esse paralelo com a ação rescisória). LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil...*, p. 222.



Por fim, quanto ao erro judiciário, ainda, torna-se crucial destacar alguns limites ao seu reconhecimento. Primeiramente, essencial pontuar que o erro passível de reparação é somente aquele decorrente de decisão definitiva, ainda que não seja a decisão final propriamente dita (sentença ou acórdão).<sup>869</sup> Para além disso, a interpretação razoável dada à norma pelo juiz,<sup>870</sup> desde que não haja entendimento vinculante em sentido oposto posteriormente, também não gera o dever de reparar.<sup>871</sup>

Outro limite que costuma ser aventado é o de que a vítima tenha se valido dos recursos ordinários a ela disponíveis para corrigir o equívoco.<sup>872</sup> A razão estaria fundamentada no fato de os erros serem passíveis de amplo controle pelos recursos,<sup>873</sup> sendo que a não interposição, ou a utilização equivocada dos referidos, poderia resultar em um fato (exclusivo ou concorrente) da vítima, afastando ou mitigando a responsabilização estatal.<sup>874</sup> Outrossim, a limitação seria adequada também com o objetivo de se evitar que o lesado consinta com alguma decisão viciada, para depois valer-se de uma ação de reparação em face do Estado (economicamente mais vantajosa).<sup>875</sup>

Todavia, a imprescindibilidade de prévia utilização dos recursos pelo lesado, para que se possa ensejar a responsabilização estatal, não se revela acertada. De início, e ao que parece, a circunstância de a vítima não empregar, ou usar inadvertidamente os recursos, não pode ser apreendida como hipótese de fato (exclusivo ou concorrente) do dano. Veja-se que a causa da lesão, na realidade, é unicamente o erro judiciário consubstanciado na decisão. No mais, como a reparação está condicionada à extensão do dano, não há que se falar em ação de responsabilidade economicamente mais vantajosa.

<sup>869</sup> Entre outros, veja-se: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo...*, p. 895.

<sup>870</sup> Adotando-se a expressão consagrada na Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>871</sup> Isto porque, “quando o juiz deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não se configura o deficiente funcionamento do serviço judiciário”. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 169.

<sup>872</sup> Sobre isso, cf.: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado..., p. 97; SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 168.

<sup>873</sup> Silvio Luiz Ferreira da Rocha chega, inclusive, a sustentar a excepcionalidade da responsabilidade estatal por atos judiciais, justamente pela ampla possibilidade de controle através dos recursos (o autor cita, inclusive, ações autônomas de impugnação). ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Manual...*, p. 759.

<sup>874</sup> Como aponta Odoné Serrano Júnior. Para ele: “quando uma das partes deixe dolosa ou culposamente de utilizar os instrumentos disponíveis para impugnar uma decisão injusta, surge a idéia de culpa da vítima, que, como sabemos, exclui ou mitiga a responsabilidade estatal caso ela seja, respectivamente, fator exclusivo ou concorrente da causação do dano”. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 168.

<sup>875</sup> A preocupação é externada por Odoné Serrano Júnior. SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 168. No mesmo sentido, e a título ilustrativo, veja-se, no Direito colombiano: GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *Responsabilidad del Estado por la Actividad Judicial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2016, p. 137-139.

Contudo, para além do erro judiciário, outra circunstância que também demanda tratamento explícito pela ocasional legislação é a prisão indevida,<sup>876</sup> que, por vezes, convém frisar, pode ser ocasionada pelo próprio erro.<sup>877</sup> A prisão indevida configura-se em duas situações: i) o encarceramento irregular; ii) a prisão em tempo excessivo.

Com relação ao primeiro cenário, crucial que a disciplina legal preveja que essa prisão indevida não se dá apenas com o inadequado cerceamento da liberdade em razão de condenação, devendo abarcar também as hipóteses das irregulares prisões provisórias.<sup>878</sup> Ademais, importante que se mencione que estas,<sup>879</sup> mesmo que lícitas, também podem ensejar a responsabilização caso impliquem, ao final, em dano anormal. Esta anormalidade estará configurada nas situações em que: i) o preso provisório for posteriormente absolvido, independente do fundamento (ou seja, ainda que por ausência de provas); ii) houver arquivamento do inquérito, impronúncia ou rejeição da denúncia ou queixa.<sup>880</sup>

Especificamente quanto à viabilidade de reparação do preso provisório em função de ulterior absolvição, ainda que se verifiquem entendimentos favoráveis,<sup>881</sup> nota-se controvérsia nas situações relacionadas à absolvição por insuficiência de provas.<sup>882</sup> No entanto, excluir a reparabilidade no caso da absolvição por ausência de provas, e permitir nas demais situações, significaria criar duas categorias de absolvidos, em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.<sup>883</sup> Cumpre-se ressaltar, por fim, que a prisão indevida não está restrita, ao contrário do que possa parecer, somente à seara penal,<sup>884</sup> ressalva que deve ser realizada na lei de responsabilidade civil do Estado.

<sup>876</sup> Por vezes, porque, como se viu, o conteúdo do erro judiciário é muito mais amplo. A esse respeito: MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade civil do Estado...*, p. 146.

<sup>877</sup> Como esclarece João Honório de Souza Franco. FRANCO, João Honório de Souza. *Indenização do erro judiciário e prisão indevida*. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 201.

<sup>878</sup> Sobre isso: QUIRINO, Arnaldo. *Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 53-54; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 395-396.

<sup>879</sup> A respeito dos exemplos de prisões provisórias, cf.: SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 152 e ss.

<sup>880</sup> Aproveitando-se as lições de Odone Sanguiné. SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n.1, p. 88-123, 2014, p. 113-114.

<sup>881</sup> Veja-se, como exemplo: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso...*, p. 660; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 178-181; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A Responsabilidade Civil...*, p. 127.

<sup>882</sup> Com relação à discussão, cf.: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado...*, p. 87; SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil...*, p. 152 e ss.

<sup>883</sup> SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar..., p. 108 e ss. Em sentido contrário: CAHALI, Yuseef Said. *Responsabilidade civil...*, p. 479.

<sup>884</sup> No que se refere às prisões extrapenais, cf.: QUIRINO, Arnaldo. *Prisão Ilegal...*, p. 38-43.

Outrossim, reputa-se como prisão indevida, também, a prisão em excesso. Normalmente, esta se encontra relacionada com o encarceramento para além do tempo fixado na sentença.<sup>885</sup> Todavia, torna-se importante realçar que a prisão em excesso pode ocorrer também no campo das prisões provisórias,<sup>886</sup> e inclusive na órbita extrapenal.<sup>887</sup> Dessa forma, indispensável que eventual legislação aborde a possibilidade de responsabilização por prisão indevida, proveniente do excesso, de forma ampla, não restrita apenas à responsabilização decorrente da execução de pena. Destaque-se, contudo, que nem sempre a prisão em excesso estará relacionada com um ato judicial, podendo originar-se também da má execução da atividade administrativa penitenciária.<sup>888</sup>

Abordadas as hipóteses do erro judiciário e da prisão indevida, convém salientar mais duas hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, que devem ser tratadas expressamente na legislação proposta: a denegação de justiça em sentido estrito e a morosidade judicial. Comece-se pela primeira, considerada como uma atividade extremamente gravosa aos jurisdicionados.<sup>889</sup> Destaque-se, de início, que a denegação de justiça pode ser apreendida em um sentido amplo ou estrito. Em sentido amplo, traduz-se por qualquer omissão que resulte em uma falha na prestação do serviço judiciário. Já em um sentido estrito, a denegação resume-se à ausência de edição de atos judiciais no curso do processo,<sup>890</sup> que ocasionem violação a direitos pleiteados em juízo.<sup>891</sup>

Todavia, poder-se-ia argumentar, aqui, que bastaria a previsão genérica legal sobre a responsabilidade do Estado por atos e omissões judiciais no curso processual, o que já englobaria a denegação da justiça em sentido estrito. No entanto, um maior detalhamento torna-se importante porque, para que se configure a denegação: i) faz-se crucial a existência de prévio requerimento (com exceção dos deveres de ofício); ii) torna-se importante que tenha havido

<sup>885</sup> Nos termos da previsão expressa do art. 5º, LXXV da Constituição Federal.

<sup>886</sup> Entre outros: QUIRINO, Arnaldo. *Prisão Illegal...*, p. 54 (nota de rodapé “8”); SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar..., p. 114.

<sup>887</sup> Ainda que esteja referindo-se ao excesso de prisão, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, por exemplo, reconhece a possibilidade das prisões ocorrerem de forma extrapenal. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 733.

<sup>888</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 732.

<sup>889</sup> Destacando a gravidade da denegação de justiça, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado..., p. 86.

<sup>890</sup> A classificação da denegação em sentido amplo e estrito é apresentada por Augusto do Amaral Dergint. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 189.

<sup>891</sup> Conforme a definição de Paulo Henrique Macera: “Trata-se da omissão judicial que gera o perecimento de qualquer direito objeto do litígio judicial (...) em decorrência da não edição de atos judiciais”. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 174.

tempo razoável para a edição do ato.<sup>892</sup> Ainda, parece que uma questão, frequentemente ignorada, também deve ser levada em consideração: é indispensável a constatação de que a vítima efetivamente faria jus ao provimento requerido, ainda que esse reconhecimento não ocorra no próprio processo.<sup>893</sup> Relevante, assim, que a legislação não ignore estas questões específicas da denegação.

Ademais, intrinsecamente relacionada com a denegação da justiça em sentido estrito, está a temática da morosidade judicial. Isto porque, muitas das situações envolvendo a denegação de justiça podem ter como origem a própria intempestividade da prestação judicial.<sup>894</sup> Contudo, pode-se falar de morosidade, em um sentido mais específico, no tocante ao excessivo tempo de tramitação de uma demanda até a prolação da decisão final.<sup>895</sup> Entendida desta forma, a morosidade apresenta-se como outra categoria de responsabilização, que também deve ser tratada pela legislação, diante da proteção expressa constitucional à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal).<sup>896</sup>

A dificuldade, neste caso, não consiste em defender a possibilidade de responsabilização pela demora,<sup>897</sup> mas sim em se estabelecerem os parâmetros para que esta demora seja considerada injustificada ou excessiva. Por isso, eventual legislação deve se ater à explicitação dos critérios.<sup>898</sup> Sobre o assunto, vale dizer que o simples transcurso dos prazos previstos em lei não são suficientes para a caracterização do atraso.<sup>899</sup> Assim, e para esta situação, parecem úteis os parâmetros utilizados pela jurisprudência do Tribunal Europeu de

<sup>892</sup> MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 175-176. Veja-se que o próprio art. 143, II do Código de Processo Civil, e art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura, com relação à denegação de justiça nas situações envolvendo os magistrados, já preveem a necessidade do precedente requerimento, quando o ato não for de ofício, e do tempo para a configuração da omissão.

<sup>893</sup> Consoante Paulo Henrique Macera: MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 175-180.

<sup>894</sup> De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a própria demora na prestação jurisdicional configura denegação da justiça”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado...*, p. 94.

<sup>895</sup> Aproveitando-se da distinção elaborada por Paulo Henrique Macera. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 188.

<sup>896</sup> Art. 5º, LXXVIII, da CF: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>897</sup> Citem-se, aqui, alguns posicionamentos favoráveis a obrigação de reparar em razão da morosidade: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. *Responsabilidade Civil do Estado...*, p. 122; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso...*, p. 733; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 619; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial...*, p. 205-211; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado...*, p. 193-197; MODESTO, Paulo. *Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil...*, p. 513.

<sup>898</sup> Paulo Modesto adverte sobre a necessidade de que sejam fixados parâmetros legislativos para o tema. MODESTO, Paulo. *Responsabilidade do Estado pela demora...*, p. 301.

<sup>899</sup> Neste sentido, como afirma Paulo Modesto, a violação serve como um indício. MODESTO, Paulo. *Responsabilidade do Estado pela demora...*, p. 305.

Direitos Humanos, principal fonte, em termos jurisprudenciais, de casos envolvendo a responsabilidade pela morosidade.<sup>900</sup>

Os critérios utilizados são os seguintes: a complexidade das questões de fato e de direito discutidas, o comportamento das partes e de seus procuradores e, por fim, a atuação do órgão jurisdicional em si.<sup>901</sup> Em adição, poderia se acrescentar a necessidade de um exame comparativo com o tempo médio de duração de outros processos similares, quando este tempo for entendido como aceitável.<sup>902</sup> No mais, não serve como parâmetro a alegação de excesso de trabalho, significativo volume processual ou mesmo de questões inerentes a alocação de magistrados.<sup>903</sup> Dentro deste contexto, imprescindível, então, que a legislação sobre a responsabilidade civil do Estado estabeleça os mencionados parâmetros para a aferição da morosidade.

Com isso, delineadas as principais hipóteses, apresenta-se como importante, ao final, realizar-se um cotejo entre as conclusões apresentadas a respeito da responsabilidade estatal por atos judiciais, e as soluções legislativas propostas tanto pela Câmara dos Deputados, quanto pelo Senado Federal. O que se vê, contudo, é que em ambas o tratamento foi extremamente conservador, limitando-se a mera reprodução de dispositivos legais já existentes.<sup>904</sup> Como questões importantes, verifica-se, tão somente: i) a previsão, no texto do Senado, sobre a possibilidade de responsabilização em razão de prisão preventiva em excesso, ou em razão de posterior absolvição (norma esta que, ainda que represente um avanço, equivoca-se ao limitar a responsabilidade apenas a dois casos de absolvição);<sup>905</sup> ii) de forma equivocada, a menção, nas duas proposições, quanto à necessidade de que o lesado tenha se valido dos recursos ordinários disponíveis.<sup>906</sup>

---

<sup>900</sup> MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 191.

<sup>901</sup> Como destaca Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 200.

<sup>902</sup> O critério é apresentado por Paulo Henrique Macera. MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade...*, p. 196 e ss.

<sup>903</sup> Ainda de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, conforme pontua Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado...*, p. 201.

<sup>904</sup> Cf. arts. 15 e 16 do projeto da Câmara, e arts. 9º e 10 da proposta do Senado.

<sup>905</sup> Cf. art. 10.

<sup>906</sup> Cf. art. 16, parágrafo único (Câmara) e art. 10, § 3º (Senado).

## Capítulo 4 – Apresentação do anteprojeto de lei sobre a responsabilidade civil do Estado

Abordados todos os demais assuntos que, para além das questões capitais,<sup>907</sup> deveriam ser objeto de eventual legislação, resta-se agora tratar especificamente sobre o anteprojeto de lei a respeito da responsabilidade civil do Estado.<sup>908</sup> A proposta encontra-se anexada ao presente trabalho,<sup>909</sup> e foi elaborada com base nas observações realizadas ao longo do texto. Neste capítulo, então, busca-se detalhar o projeto idealizado.

Assim, como um primeiro momento, convém ressaltar que a elaboração de leis no Brasil é regida pela Lei Complementar nº 95/1998,<sup>910</sup> editada em cumprimento ao art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal.<sup>911</sup> Por esta razão, toda proposição legislativa deverá conter, obrigatoriamente, três partes: i) parte preliminar; ii) parte normativa; iii) parte final.<sup>912</sup> A parte preliminar compreende a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de incidência de aplicação da legislação.<sup>913</sup> Já a parte normativa refere-se ao “(...) texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada”.<sup>914</sup> Por fim, a parte final engloba “as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber”.<sup>915</sup> Desta feita, e como não haveria de ser diferente, o projeto confeccionado respeita esta estruturação.

---

<sup>907</sup> Analisadas na parte II.

<sup>908</sup> Tendo em vista que, como ressaltado no prólogo, o objetivo final da pesquisa é justamente a apresentação de um anteprojeto de lei.

<sup>909</sup> Cf., para tanto, o apêndice.

<sup>910</sup> Cf., também, e a esse respeito: PENNA, Sérgio F. P. de O; MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. *Técnica legislativa: orientação para a padronização de trabalhos*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70469>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

<sup>911</sup> Art. 59, parágrafo único: “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

<sup>912</sup> De acordo com o art. 3º da Lei Complementar nº 95/1998.

<sup>913</sup> Nos termos do art. 3º, I da Lei Complementar nº 95/1998. Vale dizer que: i) a epígrafe “(...) propiciará identificação numérica singular à lei e será formada pelo título designativo da espécie normativa, pelo número respectivo e pelo ano de promulgação” (art. 4º); ii) a ementa “será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei” (art. 5º); iii) o preâmbulo “indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal” (art. 6º); iv) quanto ao enunciado do objeto e à indicação do âmbito de incidência da lei, dizem respeito à temáticas que devem estar consagradas no primeiro artigo da legislação (art. 7º).

<sup>914</sup> Cf. art. 3º, II da Lei Complementar nº 95/1998.

<sup>915</sup> Cf. art. 3º, III da Lei Complementar nº 95/1998.



Ademais, a Lei Complementar nº 95/1998 também traz normas sobre a redação das leis.<sup>916</sup> Três são os princípios que, indispensavelmente, têm de ser considerados: i) clareza;<sup>917</sup> ii) precisão;<sup>918</sup> iii) ordenação lógica.<sup>919</sup> Por essa razão, a proposta criada visa a atender estes fundamentos.

Feitas estas observações, torna-se imperioso delinear, especificamente, a proposição. Desta forma, o anteprojeto inicia-se com a parte preliminar, composta pela epígrafe, ementa, preâmbulo e pelo art. 1º, único integrante do capítulo inaugural, denominado de “Disposições Gerais” (que contempla o enunciado do objeto e o âmbito de incidência da lei). Cumpre-se detalhar dois destes elementos, pela sua substancial importância: a ementa e o art. 1º.

Com relação à ementa, esta salienta os dois eixos principais em que se desenvolve a solução legislativa redigida: i) o estabelecimento de normas gerais para a responsabilidade civil do Estado; ii) a tratativa concomitante de aspectos processuais relacionados ao tema. Vale advertir, aqui, que se optou no texto da ementa, e ao longo de toda a proposição, pela menção à responsabilidade das “pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos”. Neste sentido, evitou-se a utilização legal da expressão consagrada “responsabilidade civil do Estado”,<sup>920</sup> com o objetivo de manter maior

---

<sup>916</sup> Cf. art. 11.

<sup>917</sup> Consoante o art. 11, I, para a obtenção de clareza, deve-se: “a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico”.

<sup>918</sup> Nos termos do art. 11, II, a obtenção de precisão perpassa por: “a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes”.

<sup>919</sup> Conforme art. 11, III, a observação da ordenação lógica abrange: “a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.”

<sup>920</sup> Que em sentido amplo diz respeito justamente ao regime de responsabilização aplicado às pessoas discriminadas no art. 37, § 6º da Constituição Federal, como bem aponta Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 1390.

coerência com a redação da norma insculpida no art. 37, § 6º da Constituição Federal – dispositivo este que se buscou, justamente, complementar com a edição da lei.<sup>921</sup>

Quanto ao art. 1º, nota-se que este se volta, primariamente, para a definição do objeto da legislação. Por isso, repete a ideia da ementa e, posteriormente, traz um conceito sobre a responsabilidade civil do Estado, destacando inclusive a inaplicabilidade da legislação às hipóteses de sacrifício de direito, e a aplicabilidade apenas subsidiária à responsabilidade civil contratual.<sup>922</sup> Continuamente, o mesmo art. 1º aborda o âmbito de incidência da lei,<sup>923</sup> com destaque para os seguintes assuntos: i) definição, para fins de obrigação reparatória, de serviços públicos; ii) a limitação do regime de responsabilidade trazido pela lei, no caso das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, aos danos relacionados com o serviço prestado; iii) a responsabilidade subsidiária do Estado (enquanto pessoa política) com relação às demais pessoas jurídicas de Direito público e as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos; iv) a inaplicabilidade do regramento às pessoas físicas prestadoras de serviços públicos.

Em seguida, inicia-se a parte normativa do anteprojeto. O primeiro capítulo deste segmento é o capítulo II, denominado “Do Regime Geral de Responsabilidade”, composto por seis seções, intituladas respectivamente como: i) “Dos Pressupostos Essenciais da Responsabilidade”; ii) “Da Conduta”; iii) “Do Dano”; iv) “Do Nexo de Causalidade”; v) “Das Excludentes e Atenuantes do Nexo de Causalidade”; vi) “Do Direito de Regresso”. A finalidade é precisamente elucidar o regime de responsabilidade trazido pela legislação e aplicável àquelas pessoas definidas no art. 1º, tratando, fundamentalmente, da maioria das questões capitais da responsabilidade.<sup>924</sup> Oportuno aludir os principais tópicos disciplinados por cada uma das seções.

Na primeira delas (seção I), “Dos Pressupostos Essenciais da Responsabilidade”,<sup>925</sup> define-se claramente a responsabilidade objetiva para as condutas comissivas e omissivas. E, como consequência, são identificados, para ambos os casos, três pressupostos para a deflagração do dever reparatório: i) conduta; ii) dano; iii) nexo de causalidade (analisados, um a um, nas seções imediatamente subsequentes). Ainda nesta etapa, relevante mencionar a

<sup>921</sup> Rememorando-se, o art. 37, § 6º da Constituição Federal possui a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>922</sup> Cf. § 1º e 2º. Sobre a proximidade entre a responsabilidade contratual e extracontratual, cf., entre outros: NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453.

<sup>923</sup> Cf. § 1º ao § 9º.

<sup>924</sup> Cf. a parte II deste trabalho. A primeira das questões capitais foi desenvolvida logo no art. 1º.

<sup>925</sup> Cf. art. 2º.

aplicação do mesmo sistema de responsabilização, independente da função desempenhada, aos membros dos Tribunais de Contas, Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública – principalmente diante da limitação prevista nos projetos da Câmara e do Senado à responsabilidade das pessoas jurídicas vinculadas, e dos próprios agentes integrantes destas estruturas, apenas às situações de dolo ou fraude.<sup>926</sup>

Subsequentemente, na seção II (“Da Conduta”),<sup>927</sup> explana-se o primeiro dos pressupostos (o comportamento). Como temas cruciais examinados, neste ponto, pode-se enumerar: i) o acolhimento da viabilidade de reparação por ações lícitas; ii) a indicação das fontes jurídicas do dever de agir, ainda que em rol exemplificativo, para os cenários envolvendo as omissões; iii) a expressa exclusão da possibilidade de agir como requisito para a configuração da omissão; iv) a definição ampla de agente público, para fins de responsabilidade; v) a positivação da compreensão elastecida da locução “nessa qualidade”, com o fito de admitir a responsabilização ainda que o indivíduo tenha atuado fora de suas funções.

Por sua vez, na seção III,<sup>928</sup> dedicada ao dano, são apresentadas as características do dano reparável, tanto para as hipóteses de condutas lícitas, quanto ilícitas. Outrossim, demonstra-se também que a reparação abrange os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, individuais ou transindividuais. No que tange aos danos extrapatrimoniais, vê-se a consagração expressa do método bifásico para o arbitramento da indenização. Por fim, imprescindível realçar o destaque à possibilidade de que a compensação do dano ocorra por intermédio de meios não pecuniários.

Ainda, na seção subsequente (seção IV),<sup>929</sup> denominada de “Nexo de Causalidade”, houve a previsão de perfilhamento da legislação propugnada à teoria do dano direto e imediato, dentro do viés da subteoria da necessariedade, para a investigação dos antecedentes causais. No mais, outro ponto que merece atenção é o estabelecimento da responsabilidade solidária quando se verifique mais de um causador para a consumação de um mesmo dano. Dentro deste contexto, e intimamente relacionada com a seção anterior, está a seção V, que detalha as excludentes e atenuantes do nexo de causalidade.<sup>930</sup> Nesta, depreende-se, como assuntos substanciais desenvolvidos pelo anteprojeto, a exclusão do caso fortuito e da reserva do possível

---

<sup>926</sup> Cf. arts. 14, 17 e 18 do projeto da Câmara e arts. 11 e 12 do Substitutivo do Senado (para tanto, cf. anexos).

<sup>927</sup> Cf. art. 3º.

<sup>928</sup> Cf. arts. 4º e 5º.

<sup>929</sup> Cf. arts. 6º e 7º.

<sup>930</sup> Cf. arts. 8º e 9º.

como hipóteses de não incidência da responsabilização. Para além disso, depreende-se, do texto da proposição, que o rol contendo as excludentes é taxativo, limitando-se às situações nela previstas.

Como última parte deste capítulo II, está a seção VI, que retrata o direito de regresso.<sup>931</sup> Neste ponto, têm-se como assuntos significativos explicitados pelo projeto formulado: i) a factibilidade de o direito de regresso ser exercido pelas pessoas jurídicas, em desfavor de qualquer categoria de agente, também nos casos de culpa (apenas com a exceção daqueles em que a demanda regressiva é vedada); ii) a oportunidade de a reparação regressiva ser reduzida equitativamente, quando a culpa do agente for desproporcional ao dano ocasionado; iii) a indispensabilidade da prévia compensação do dano (ou no mínimo, para as pessoas jurídicas enquadradas no conceito de Fazenda Pública, a expedição do precatório) como requisito para o desempenho do direito de regresso.

Exposto todo o capítulo II, que se remete ao regime básico, verifica-se, nos capítulos seguintes (III e IV), que também integram a parte normativa do projeto de lei, a tratativa das especificidades da responsabilidade por atos legislativos e judiciais. Os títulos dos capítulos, que se utilizam da adjetivação “especificidades”, deram-se para reforçar à submissão das duas espécies de responsabilização à sistemática geral de reparação, naquilo que não for incongruente com o seu regramento particular.

Assim, o capítulo III destina-se exclusivamente aos atos legislativos.<sup>932</sup> Ele é formado por seis seções, sendo elas, em ordem: i) “Das Hipóteses de Responsabilização”; ii) “Da Responsabilidade por Atos Legislativos Inconstitucionais”; iii) “Da Responsabilidade por Atos Legislativos Constitucionais”; iv) “Da Responsabilidade por Omissão Legislativa Inconstitucional”; v) “Do Direito de Regresso”; vi) “Imunidade Material e Responsabilidade”. Necessário pormenorizar cada uma delas.

Na seção inaugural, denominada “Das Hipóteses de Responsabilização”,<sup>933</sup> consta primeiramente a exposição daquilo que se entende por atos legislativos, notadamente para delimitar o espaço compreendido por esta modalidade de responsabilização. Em seguida, são enumeradas as circunstâncias em que esta responsabilidade exsurge. Desta feita, a obrigação reparatória decorre de i) atos legislativos inconstitucionais; ii) atos legislativos constitucionais; iii) omissão legislativa inconstitucional. Estes cenários foram abordados, particularmente, em seções próprias.

---

<sup>931</sup> Cf. art. 10 a 13.

<sup>932</sup> Cf. arts. 14 a 22.

<sup>933</sup> Cf. arts. 14 e 15.

Com isso, a seção posterior (seção II), refere-se unicamente à responsabilização por atos legislativos inconstitucionais.<sup>934</sup> Neste campo, apresenta-se como interessante apontar as seguintes previsões legislativas contidas no projeto: i) o destaque de que a declaração de inconstitucionalidade pode possuir como parâmetro, para além da Constituição Federal, as Constituições Estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal; ii) a aplicação do mesmo regime de reparação a eventual incompatibilidade entre lei municipal e a Lei Orgânica do respectivo Município; iii) a desnecessidade de que a declaração de inconstitucionalidade se dê via controle concentrado, bem como a exclusão desta categoria de obrigação reparatória quando houver atribuição de efeitos prospectivos à declaração.

Logo após, observa-se a seção III, dedicada especificamente à responsabilidade por atos legislativos constitucionais.<sup>935</sup> Neste estágio, também houve a realização do contraponto com as esferas estadual e municipal, tendo a proposição realçado claramente que: i) a constitucionalidade eventualmente pode ser aferida, para além da Constituição Federal, com supedâneo nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal; ii) que a mesma sistemática de reparabilidade pode incidir em face de lei municipal em conformidade com Lei Orgânica do Município.

Por fim, para encerrar as hipóteses de responsabilização por atos legislativos, tem-se na seção IV a explanação a respeito do dever reparatório oriundo de omissão legislativa inconstitucional.<sup>936</sup> Neste ponto, a proposição salienta de modo objetivo que: i) a omissão legislativa inconstitucional tem como fundamento o descumprimento do dever de legislar imposto pela Constituição Federal e também pelas Constituições Estaduais e Lei Orgânica do Distrito Federal; ii) o mesmo regime das omissões inconstitucionais pode ser aplicado, sem prejuízo, aos comportamentos decorrentes da inobservância da obrigação de legislar imposta por Lei Orgânica municipal; iii) a caracterização da omissão depende da presença, na norma, do lapso temporal para o cumprimento do dever, sendo que na hipótese de inexistência de qualquer previsão neste sentido, a configuração da inércia demanda a prévia constituição em mora do responsável (por intermédio da utilização de instrumentos próprios).

No mais, as duas últimas seções tratam de assuntos importantes da temática da responsabilidade por atos legislativos. A seção V, intitulada “Do Direito de Regresso”,<sup>937</sup> esclarece a impossibilidade do exercício do direito de regresso em face dos parlamentares, em

---

<sup>934</sup> Cf. arts. 16 a 17.

<sup>935</sup> Cf. art. 18.

<sup>936</sup> Cf. arts. 19 a 20.

<sup>937</sup> Cf. art. 21.

razão da imunidade material pelos votos prevista constitucionalmente. Em complementação, o texto da proposta também prevê a extensão dessa inviabilidade de responsabilização regressiva quando do desempenho atípico da função de legislar. Outrossim, a seção VI, nomeada de “Imunidade Material e Responsabilidade” contempla um único e importante artigo rechaçando qualquer irresponsabilidade da pessoa jurídica pelos atos, de qualquer espécie, abrangidos pela imunidade material.<sup>938</sup>

Abaixo do capítulo relativo aos atos legislativos, verifica-se, como adiantado, o capítulo IV, concernente ao dever de reparar advindo da função judicial.<sup>939</sup> Este capítulo foi estruturado de modo semelhante ao anterior, contendo uma primeira seção destinada a identificar primordialmente as hipóteses de responsabilização, e as demais seções reservadas ao detalhamento das circunstâncias. Por isso, o capítulo apresenta-se organizado desta forma: i) seção I, intitulada “Das Hipóteses de Responsabilização”; ii) seção II, III, IV e V, nomeadas respectivamente, de “Erro Judiciário”, “Prisão Indevida”, “Denegação da Justiça em sentido Estrito” e “Morosidade Judicial”. Essencial destacar os principais aspectos tópicos destas seções.

A seção I, então, enumera as hipóteses de responsabilização, destacando que o rol é meramente exemplificativo, como se pode depreender da própria redação da proposta. Mas não é só. Neste momento, também, são enunciadas questões de extrema relevância, e que por isso mesmo foram alocadas na seção de caráter geral: i) a prescindibilidade de desconstituição da coisa julgada para a reparação de danos derivados de atos submetidos à sua autoridade; ii) nos contextos envolvendo atos decisórios danosos, a essencialidade de que estes não sejam mais passíveis de impugnação recursal e a desnecessidade de que a vítima tenha se valido de todos os recursos ordinários a ela disponíveis para a correção do equívoco.<sup>940</sup>

Em sequência, notam-se as seções pormenorizando as hipóteses de responsabilização. A primeira destas é a seção II, que relata o erro judiciário.<sup>941</sup> O que se extrai, da sua disciplina legal materializada na proposição, é a intenção em deixar claro que o erro não está limitado apenas aos equívocos decorrentes de condenações na esfera penal, tendo conteúdo muito mais abrangente. Ademais, também se constata a caracterização inequívoca, e elementar, da responsabilidade subsidiária por atos decisórios provisórios. Ainda, outro ponto de realce é a

---

<sup>938</sup> Cf. art. 22.

<sup>939</sup> Cf. arts. 23 a 30.

<sup>940</sup> Cf. arts. 23 e 24.

<sup>941</sup> Cf. art. 25.



consagração da ausência de erro judiciário nas circunstâncias envolvendo matéria controvertida (salvo quando ocorrer posterior pacificação da jurisprudência, como consagrado no texto).

A seção posterior (seção III) dedica-se exclusivamente à prisão indevida, ressaltando-se a subdivisão destas em duas categorias: a prisão irregular e a prisão em tempo excessivo.<sup>942</sup> Novamente, assim como no caso do erro judiciário, a abordagem dispensada pelo projeto é ampla, havendo ressalva expressa de que a lei não se restringe apenas às prisões resultantes da seara penal. Com relação à prisão irregular, houve a consagração inequívoca da viabilidade de compensação pelos danos resultantes de prisão provisória, quando a vítima for posteriormente absolvida (independente do fundamento), e também nos cenários de arquivamento do inquérito, impronúncia e rejeição da denúncia ou queixa. Quanto à prisão em tempo excessivo, nota-se a advertência fundamental, por parte do anteprojeto, de que esta modalidade de responsabilização também pode ocorrer no âmbito das prisões provisórias.

No que se refere à denegação da justiça em sentido estrito, insculpida na seção IV, depreende-se, para além da sua conceituação, a positivação dos caracteres indispensáveis a sua caracterização – ambos assuntos de grande pertinência.<sup>943</sup>

Por fim, a última seção do capítulo IV é reservada ao tratamento da morosidade judicial. Aqui, a contribuição mais relevante da proposta legislativa direciona-se à definição dos critérios que devem ser levados em consideração para a aferição da morosidade e, em contrapartida, daqueles parâmetros que não devem ser observados para a sua caracterização.

Delineados os capítulos voltados às especificidades dos atos legislativos e dos atos judiciais, encontra-se, na sequência, e ainda como conteúdo integrante da parte normativa da legislação criada, os capítulos V, VI e VII, intitulados: i) “Das Formas de Reparação do Dano”; ii) “Do Exercício do Direito de Regresso; iii) “Da Prescrição”. Impõe-se analisá-los.

Nesta esteira, o capítulo V, direcionado ao regramento “Das Formas de Reparação do Dano”, é subdividido em quatro seções.<sup>944</sup> A primeira delas (seção I) contempla a previsão do dever do responsável de reparar espontaneamente o dano, independe de qualquer requerimento formulado pela vítima. Além do mais, a seção também evidencia a adoção, pelo projeto, de uma concepção ampla do vocábulo “terceiros”, para incluir, nos contextos em que presentes as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, os usuários e não usuários.<sup>945</sup>

---

<sup>942</sup> Cf. arts. 26 a 28.

<sup>943</sup> Cf. art. 29.

<sup>944</sup> Cf. arts. 31 a 35.

<sup>945</sup> Cf. arts. 31 e 32.

Sequencialmente, a seção II aborda a reparação judicial do dano. O anteprojeto, então, afasta claramente a viabilidade do ajuizamento da ação de reparação diretamente em desfavor do agente ou mesmo a instituição de litisconsórcio passivo facultativo.<sup>946</sup> No mais, na seção III, estabelece-se legalmente a oportunidade de a reparação ser requerida pela via administrativa (incumbindo o regramento aos entes), estipulando-se, para tanto, a suspensão do prazo prescricional entre o protocolo do pedido e a decisão final administrativa.<sup>947</sup> Ao final, na seção IV, o projeto dispõe sobre a alternativa da autocomposição judicial ou administrativa para os casos imbricados com a responsabilidade civil do Estado.<sup>948</sup>

O penúltimo capítulo da parte normativa, o capítulo VI, disciplina o exercício do direito de regresso, subdividindo-se em três seções.<sup>949</sup> A seção de abertura (seção I) volta-se à constatação de que a identificação do agente, e a apuração do seu dolo ou culpa, pode ser realizada via processo administrativo.<sup>950</sup> Logo após, na seção II, ao explicitar-se o exercício judicial do direito de regresso, o projeto propõe a oportunidade deste ser realizado de forma autônoma, via ação regressiva, ou de forma antecipada, através da denúncia da lide (sendo que, no caso do exercício de forma autônoma, exige-se a prévia tentativa pela via administrativa, justamente para se configurar a pretensão resistida). Quanto à denúncia da lide, fixa-se que admissão da intervenção está subordinada à comprovação de ausência de violação à duração razoável do processo, sendo esta violação entendida como o incremento substancial da atividade probatória. A proposição, ainda no que se refere ao instituto em comento, esclarece a impossibilidade de o cumprimento de sentença ser direcionado diretamente ao agente público denunciado, dispositivo imprescindível diante do contido no parágrafo único do art. 128 do Código de Processo Civil.<sup>951</sup>

Como último ponto deste capítulo VI está a seção III, que prevê o exercício do direito de regresso pela via administrativa (que deve ser prioritário ao exercício judicial autônomo), cabendo o regramento a cada ente federativo.<sup>952</sup> A menção é de crucial relevância, inclusive para complementar a disposição relativa ao requerimento administrativo da reparação do dano, dentro de uma perspectiva de desjudicialização.

---

<sup>946</sup> Cf. art. 33.

<sup>947</sup> Cf. art. 34.

<sup>948</sup> Cf. art. 35.

<sup>949</sup> Cf. arts. 36 a 40.

<sup>950</sup> Cf. art. 36.

<sup>951</sup> Cf. arts. 37 a 39. Cumpre-se transcrever novamente a redação do parágrafo único do art. 128 do Código de Processo Civil: “Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva”.

<sup>952</sup> Cf. art. 40.

Por fim, o último capítulo da parte normativa do projeto de lei é o capítulo VII, que trata exclusivamente da prescrição.<sup>953</sup> Dentro deste contexto, a proposta estabelece o prazo quinquenal para a ação de responsabilidade, fixando como termo inicial, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,<sup>954</sup> o conhecimento do dano por parte da vítima.<sup>955</sup> Outrossim, normatiza-se também a prescrição do exercício do direito de regresso por parte da pessoa jurídica, adotando-se de forma isonômica o prazo quinquenal. No que diz respeito ao termo inicial, indica-se este como a data da compensação do prejuízo,<sup>956</sup> uma vez que antes disso, como inclusive ressaltado no próprio projeto, não há direito de regresso.

Como fechamento, observa-se o capítulo VIII, integrante da parte final da legislação idealizada, intitulado “Das Disposições Finais”.<sup>957</sup> Neste capítulo, prevê-se claramente a aplicação subsidiária do Código Civil e do Código de Processo Civil à lei.<sup>958</sup> Indispensável salientar que inexistente qualquer óbice à aplicação meramente subsidiária do Código Civil em matéria de responsabilidade civil do Estado, como inclusive adverte Romeu Felipe Bacellar Filho.<sup>959</sup>

O que se vê, também, neste capítulo final, é a denominada cláusula revogatória.<sup>960</sup> De início, convém ressaltar que esta cláusula deve indicar expressamente os dispositivos revogados, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 95/1998.<sup>961</sup> Assim, torna-se vedada a utilização de cláusula de revogação genérica, em que o texto se limita a afirmar a invalidação dos dispositivos legais em sentido contrário. Assim, no projeto proposto, os dispositivos revogados são enumerados concretamente. Contudo, neste ponto, apresenta-se como imperioso tecerem-se algumas considerações. Isto porque, poderia ocorrer o seguinte questionamento: haveria possibilidade de lei ordinária, como o projeto criado, revogar normas inseridas em leis complementares? A resposta, para o caso específico da responsabilidade civil do Estado, é afirmativa. Explica-se.

---

<sup>953</sup> Cf. arts. 41 e 42.

<sup>954</sup> Cf., como exemplo: AgInt no AREsp 1209849/SP, Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 28/11/2018; AgRg no REsp 1384087/RS, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 25/03/2015.

<sup>955</sup> Cf. art. 41.

<sup>956</sup> Cf. art. 42.

<sup>957</sup> Cf. arts. 43 a 45.

<sup>958</sup> Cf. art. 43.

<sup>959</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195.

<sup>960</sup> Cf. art. 44.

<sup>961</sup> Art. 9º: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, subsistindo, tão somente, uma distribuição material entre as espécies legais. Por esta razão, determinados assuntos só podem ser tratados por lei complementar. No entanto, isto não impede que, eventualmente, lei complementar disponha sobre conteúdo passível de enfrentamento por legislação ordinária. Todavia, nestas circunstâncias, a lei é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, não havendo obstáculos a sua revogação por lei ordinária posterior.<sup>962</sup>

Dentro deste contexto, a responsabilidade civil do Estado, derivada diretamente do art. 37, § 6º da Constituição Federal, tanto no tocante à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, quanto à responsabilidade subjetiva regressiva dos agentes, não diz respeito à temática reservada constitucionalmente à lei complementar. Por isso, qualquer disciplina sobre este tema em lei complementar dirá respeito, e em verdade, a assunto materialmente afeto à legislação ordinária.

O caso típico desta situação é o art. 49 da Lei Complementar nº 35/1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.<sup>963</sup> O dispositivo, como inclusive já explicitado em momento anterior,<sup>964</sup> trata da responsabilidade civil dos magistrados, e restringe, em ao menos um de seus incisos, a responsabilidade destes agentes apenas aos casos de dolo (uma vez que inexistente fraude culposa). Ocorre que, ainda que o art. 93 da Constituição Federal assevere que lei complementar cuidará do Estatuto da Magistratura, isto não significa dizer que a responsabilização pessoal civil destes indivíduos só possa ser abordada por lei complementar. Este assunto, inclusive, não se encontra dentre os conteúdos discriminados nos incisos do art. 93 da Constituição. Ademais, caso isso fosse verdade, haveria uma inconstitucionalidade formal do art. 143 do Código de Processo Civil (legislação ordinária), e também do art. 1.744 do Código Civil – o que não se cogita.<sup>965</sup>

<sup>962</sup> Cf., a esse respeito, por todos: RE 377.457, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/9/2008, DJe 19/12/2008.

<sup>963</sup> Art. 49: “Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias”.

<sup>964</sup> Cf. capítulo 3 desta parte III.

<sup>965</sup> Art. 143: “O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias”; Art. 1.744: “A responsabilidade do juiz será: I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito”.

Por isso, e em síntese, o que se quer dizer é que a responsabilidade civil do Estado, consoante o regime trazido pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal, em seu duplo aspecto (obrigação reparatória objetiva da pessoa jurídica e subjetiva do agente), é tema afeto à legislação ordinária. Assim, nada impede que o anteprojeto preveja a revogação de dispositivos, ainda que formalmente inseridos no âmbito de leis complementares, que versem sobre este conteúdo.

Desta forma, a cláusula de revogação expressa do projeto prevê a invalidação de dispositivo legal insculpido, também, em lei complementar. Nesta esteira, traduz-se como relevante explicitar os motivos que levaram à revogação dos dispositivos mencionados na proposição: i) art. 49 da Lei Complementar nº 35/1979: possibilita a responsabilização direta dos magistrados, e também restringe o direito de regresso, explicitamente em ao menos um dos seus incisos, apenas à conduta dolosa; ii) art. 143, 181, 184, e 187 do Código de Processo Civil: limitam o direito de regresso apenas a comportamentos dolosos dos agentes; iii) art. 1.744 do Código Civil: admite a responsabilização direta do magistrado; iv) arts. 158 e 161 do Código de Processo Civil: preveem a possibilidade de responsabilização direta dos auxiliares da justiça; v) art. 2º da Lei nº 4.619, de 1965: estabelece o prazo para o ajuizamento da ação regressiva desde o trânsito em julgado, quando o interesse de agir surge apenas com a efetiva compensação do dano (ou, na hipótese das pessoas jurídicas enquadradas na concepção de Fazenda Pública, com a expedição do precatório).

Encerrando-se o capítulo final, e o anteprojeto como um todo, observa-se o dispositivo relacionado à vigência da lei.<sup>966</sup> Neste quesito, assim como ocorreu na proposição da Câmara,<sup>967</sup> ressalta-se que inexistem impedimentos para que a legislação entre em vigor já na data de sua publicação.

---

<sup>966</sup> Cf. art. 45.

<sup>967</sup> Cf. anexos.

## CONCLUSÕES

As conclusões, já adiantadas ao longo do texto, podem ser sintetizadas nas seguintes assertivas:

1. No Brasil, a responsabilidade civil do Estado esteve historicamente permeada por divergências, muito em razão do habitual tratamento legislativo insatisfatório dispensado à matéria, sobretudo no que diz respeito à sua disciplina básica. Em um primeiro momento, sequer existia qualquer regramento geral (caso dos primeiros anos da República). Posteriormente, o tema passou a ser tratado de forma ampla por dispositivos específicos, com redações que suscitaram discordâncias e que possuíam, como característica em comum, a ausência de detalhamento – hipóteses do art. 15 do Código Civil de 1916 e do art. 194 da Constituição Federal de 1946.
2. O art. 37, § 6º da Constituição Federal, norma atualmente vigente, e que consagra genericamente a responsabilização extracontratual do Estado, na esteira dos dispositivos que a antecederam, também suscita divergências interpretativas. Por isso, em razão da ausência de consenso, o que se verifica é um cenário de insegurança jurídica. No entanto, esta insegurança poderia ser atenuada com a edição de uma lei nacional sobre a responsabilidade estatal, que estabelecesse normas gerais sobre o tema e que também disciplinasse aspectos processuais, complementando o dispositivo constitucional.
3. A segurança jurídica possui, no Brasil, *status* de princípio constitucional (no sentido de questão elementar). E, dentro deste contexto, pode-se sustentar que a confecção de uma lei nacional sobre a responsabilidade auxiliaria na redução da insegurança ao promover, diretamente, a dimensão estática do princípio da segurança jurídica, voltada ao ideal da cognoscibilidade do Direito. Isto porque, a cognoscibilidade depende da clareza, que exige, por sua vez, densidade normativa suficiente. No caso da responsabilização do Estado, não há densidade suficiente, ao menos quanto à disciplina básica, tendo em vista que esta é normatizada exclusivamente e de forma genérica pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal. Por isso, tem-se a imprescindibilidade da complementação legislativa, a fim de que o instituto ganhe contornos mais concretos.



4. Investigando-se os demais países ibero-americanos, nota-se que, em vários deles, a responsabilidade civil do Estado possui tratamento legislativo geral, em leis nacionais ou federais, mais detalhado. São os casos de: Argentina, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Espanha, México, Portugal, Peru e República Dominicana.

5. A confecção de uma lei nacional que preveja normas gerais sobre a responsabilidade civil do Estado requer uma prévia modificação no rol de competências legislativas disposto na Constituição Federal. A razão fundamenta-se na constatação de que a responsabilização estatal é matéria de Direito administrativo, o que implica no reconhecimento de que a competência para legislar é, em princípio, exclusiva de cada ente político. No entanto, como o assunto demanda tratamento geral uniforme em âmbito nacional, constituindo-se em uma exceção à regra tradicional, torna-se necessário a inserção de um dispositivo no catálogo das competências legislativas concorrentes, autorizando-se a edição de normas gerais sobre o dever reparatório estatal pela União. Com relação aos aspectos processuais relacionados ao tema, como a competência para disciplinar a respeito do Direito processual é privativa da União, inexistiria qualquer problema de que esta temática fosse abordada por intermédio de uma lei nacional.

6. A elaboração de uma legislação nacional contendo normas gerais sobre a responsabilidade civil do Estado implica no enfrentamento da disciplina básica do instituto. E, assim, a lei deve obrigatoriamente abordar, adotando-se a nomenclatura de Celso Antônio Bandeira de Mello, as questões capitais que envolvem a responsabilização (e os temas com elas conexos). Estas questões capitais são: i) os sujeitos cujo comportamento pode comprometer o Estado; ii) os caracteres necessários à conduta para ensejar a responsabilização; iii) as características do dano para que este seja reparável; iv) as hipóteses que podem excluir a obrigação de reparação.

7. Para além das questões capitais, outras temáticas se apresentam como matérias essenciais relacionadas à responsabilidade extracontratual do Estado, e que, portanto, necessitam de tratamento pela legislação que se disponha a explicitar normas gerais sobre o instituto. Tratam-se dos casos da responsabilização envolvendo a função legislativa e judicial, e também a situação do direito de regresso (e, como consequência lógica, os assuntos relacionados com estes temas). No mais, torna-se imperioso que a mesma lei cuide dos aspectos processuais em torno do dever reparatório estatal.

**8.** No que concerne à primeira das questões capitais (sujeitos cujo comportamento pode comprometer o Estado), e os assuntos com ela congruentes, revela-se essencial que a legislação destaque que: i) o regime de responsabilidade trazido pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal está ligado às pessoas jurídicas de Direito público, e às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, naqueles danos que estejam relacionados com o serviço prestado (apreendido o termo serviços públicos em uma concepção ampla); ii) restam-se excluídas as pessoas jurídicas de Direito privado que desempenhem atividades privadas, como as exercentes de atividade econômica em sentido estrito; iii) as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos abrangidas pela norma constitucional são aquelas que possuam algum vínculo jurídico com o Estado, podendo-se falar de transferência de serviços públicos, inclusive, às pessoas jurídicas de Direito privado sem fins lucrativos e às entidades credenciadas.

**9.** Ademais, ainda no que se refere à primeira questão capital, importante que a lei discipline: i) a responsabilidade subsidiária do Estado (entendido aqui como ente político), quando da insuficiência de recursos das demais pessoas abrangidas pelo mesmo regime de responsabilização (no caso das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, apenas no tocante aos danos decorrentes do serviço desempenhado); ii) a responsabilidade solidária, entre todos, no caso de concorrência para a produção de um mesmo dano; iii) que a noção de agente, empregada pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal, é a mais ampla possível, e que o termo “nessa qualidade” também deve ser compreendido a partir de uma concepção abrangente – e não como sinônimo de efetivo exercício das funções.

**10.** A lei, ao abordar a segunda das questões capitais (caracteres necessários à conduta para ensejar a responsabilização), bem como eventuais temáticas relacionadas, deve explicitar que: i) a responsabilidade extracontratual do Estado fundamenta-se em uma conduta comissiva ou omissiva estatal; ii) a obrigação reparatória, para as hipóteses de ação, é objetiva (independente de dolo ou culpa), podendo originar-se de comportamentos ilícitos ou lícitos; iii) a responsabilidade por comportamentos comissivos possui como pressupostos a conduta ativa, o dano e o nexo de causalidade; iv) no cenário das omissões, o dever de reparar também é objetivo, sem perquirição de qualquer elemento subjetivo, mas sempre proveniente de comportamento ilícito; v) para as situações de inércia, a obrigação tem como pressupostos o descumprimento de um dever concreto de agir (imposto por norma jurídica, derivado da ciência da necessidade de realização de conduta ou de circunstâncias fáticas propiciadas), o dano e o

nexo de causalidade; vi) a possibilidade de agir não integra a noção de omissão, tratando-se de responsabilidade objetiva.

**11.** A lei nacional a respeito da responsabilidade civil do Estado, ao disciplinar a terceira das questões capitais (características do dano reparável), e ainda as matérias com ela compatíveis, tem de evidenciar que: i) no caso dos comportamentos ilícitos, o dano deve se constituir em uma violação a direito juridicamente tutelado (ausente o dever jurídico de suportar o prejuízo), ser certo e anormal; ii) nas circunstâncias relativas a atos lícitos, para além dos atributos das condutas ilícitas, o dano também necessita ser especial; iii) a compensação pode ocorrer em qualquer categoria de dano, incluindo-se, assim, os danos individuais e transindividuais, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial; iv) quanto aos danos extrapatrimoniais, a reparação deve pautar-se pelo método bifásico; v) outrossim, é possível que a compensação se dê de forma não pecuniária.

**12.** Relativamente à quarta questão capital (excludentes do nexo de causalidade), e temas conexos, compete à legislação sobre a responsabilidade extracontratual estatal: i) adotar expressamente a teoria do dano direto e imediato, sob o viés da necessidade, para apuração do nexo causal; ii) identificar as consequências envolvendo a causalidade concorrente, ressaltando que a responsabilidade será solidária; iii) discriminar expressamente as excludentes, quais sejam: força maior, fato de terceiro e fato exclusivo da vítima; iv) salientar claramente que, havendo concorrência entre as excludentes e um comportamento estatal, a responsabilidade será atenuada (com exceção do fato de terceiro, que recairá na regra geral da solidariedade); v) realçar que o estado de necessidade, a legítima defesa e o exercício regular do direito não se tratam de excludentes, mas sim de causas de justificação, podendo descaracterizar a violação a direito juridicamente protegido; vi) consignar que o caso fortuito e a reserva do possível não afastam o dever de reparar do Estado.

**13.** No que diz respeito aos aspectos processuais e ao direito de regresso, e também assuntos correlatos, revela-se prudente que a legislação: i) esclareça que os terceiros (vítimas) abrangidos pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal, independente da pessoa jurídica envolvida, são todos aqueles que não o próprio responsável pelo dano – incluindo, na hipótese das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, os usuários e não usuários; ii) assente o dever do Estado de se comportar ativamente visando à reparação do dano, quando não subsistam dúvidas sobre a sua responsabilidade; iii) destaque que, inexistindo

compensação espontânea, a reparação pode ser buscada pelo terceiro por meio judicial ou administrativo (neste último caso, com a suspensão do prazo prescricional até a decisão final); iv) ateste a possibilidade da autocomposição no âmbito processual ou extrajudicial; v) assevere a possibilidade de a identificação do agente e a apuração do dolo ou culpa, e ainda o exercício posterior do direito de regresso, ocorrerem pela via administrativa (sendo que o prévio desempenho do direito de regresso administrativamente configura-se como um dos requisitos para a interposição da demanda regressiva autônoma na esfera judicial).

**14.** Ainda no tocante aos aspectos processuais e ao direito de regresso, bem como temáticas compatíveis, crucial que a legislação solidifique: i) a ilegitimidade passiva do agente público; ii) a possibilidade de o direito de regresso ser exercido via ação regressiva autônoma, desde que, para além da negativa anterior em âmbito administrativo, haja demonstração do dolo ou culpa de qualquer categoria de agente, e desde que tenha ocorrido a prévia compensação do dano (no contexto das pessoas jurídicas pertencentes ao conceito de Fazenda Pública, a exigência é cumprida com a expedição do precatório ou da requisição de pagamento); iii) a chance de que a reparação, na demanda regressiva, seja reduzida equitativamente em razão do grau de culpa do agente; iv) a obrigatoriedade do exercício do direito de regresso, e a factibilidade do seu desempenho mesmo após o término do cargo ou da função pública, podendo ser direcionado inclusive em face dos herdeiros e sucessores do responsável; v) a prescritibilidade da pretensão regressiva, em 5 (cinco) anos, mesmo prazo da prescrição da ação de responsabilidade; vi) a viabilidade da denúncia da lide, para a realização antecipada do direito de regresso, quando não haja comprometimento à duração razoável do processo (ou seja, quando a intervenção não implique em um alargamento substancial da atividade probatória).

**15.** Quanto à responsabilidade pelo exercício da função legislativa, torna-se imperioso que a lei nacional de responsabilidade civil do Estado saliente que: i) atos legislativos são aqueles disciplinados pelo art. 59 da Constituição Federal, com exceção das emendas constitucionais (aplicando-se a elas, todavia, e no que couber, o mesmo regime de reparação); ii) o Estado, nesta seara, é responsável nos seguintes casos: ii.1) atos legislativos inconstitucionais; ii.2) atos legislativos constitucionais que atinjam desproporcionalmente alguns indivíduos, em benefício da coletividade; ii.3) omissão legislativa inconstitucional; iii) inexistente o direito de regresso em face dos parlamentares, em função da imunidade material prevista constitucionalmente a estes, extensível, para fins de responsabilidade, àqueles que

exerçam atipicamente a função legislativa; iv) a imunidade material não exclui a responsabilidade do Estado por quaisquer dos atos por ela abrangidos.

**16.** Especificamente no tocante à responsabilidade estatal pela edição de atos legislativos inconstitucionais, impõe-se como relevante que a legislação esclareça que: i) a declaração de inconstitucionalidade pode se dar via controle concentrado ou difuso, restando-se a obrigação excluída em caso de atribuição de efeitos prospectivos à declaração; ii) leis estaduais e municipais podem ser declaradas inconstitucionais tendo como parâmetro de validade as Constituições estaduais e a própria Lei Orgânica do Distrito Federal; iii) ainda que não se trate de inconstitucionalidade, pode haver responsabilidade também em face da elaboração de leis municipais em contrariedade com a respectiva Lei Orgânica municipal.

**17.** Particularmente quanto aos atos legislativos constitucionais, compete à lei nacional sobre a responsabilidade civil do Estado prever que: i) o dever reparatório, nesta hipótese, não deve ficar restrito nominalmente apenas às leis de efeitos concretos, devendo englobar todos os atos legislativos que, apesar do grau de abstração e generalidade original, atinjam desproporcionalmente determinados indivíduos, em benefício de todos; ii) a constitucionalidade pode ser aferida inclusive com base na Constituição dos Estados e na Lei Orgânica do Distrito Federal; ii) ainda que não se trate de constitucionalidade, lei municipal adequada à Lei Orgânica do respectivo Município também pode gerar responsabilidade.

**18.** Com relação às omissões legislativas inconstitucionais, cumpre-se a legislação ressaltar que: i) a omissão implica no descumprimento de norma constitucional, devidamente individualizada, que impunha o dever concreto de legislar; ii) a caracterização da inércia, previsto o prazo na norma, depende apenas do transcurso do lapso temporal; iii) não havendo a estipulação de prazo, a responsabilização dependerá da prévia constituição do Estado em mora, através da utilização dos instrumentos constitucionalmente previstos para a superação das omissões (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção); iv) a inércia só se extingue com a efetiva produção do ato, e não simplesmente com o desencadeamento do processo legislativo; v) o dever de legislar pode decorrer, também, das Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal; vi) ainda que não se qualifique efetivamente como uma omissão legislativa inconstitucional, é possível que o descumprimento da atividade legiferante advenha de norma insculpida em Lei Orgânica municipal (situação em que o controle da inércia é exercitado de forma difusa).

**19.** No que se refere à responsabilidade extracontratual estatal pelo exercício da função judicial, apresenta-se como importante que a legislação discipline: i) que por atos judiciais devem ser entendidas todas as ações ou omissões verificadas no curso do processo judicial, atribuíveis aos magistrados ou ainda aos auxiliares da justiça; ii) que o dever reparatório tem fundamento em qualquer ação ou omissão judicial, mas que pode ocasionar-se exemplificadamente de: ii.1) erro judiciário; ii.2) prisão indevida; ii.3) denegação da justiça em sentido estrito; ii.4) morosidade judicial; iii) que para a deflagração da responsabilidade, é dispensável a prévia desconstituição da coisa julgada, quando o ato judicial questionado estiver submetido à autoridade daquela; iv) que a caracterização da obrigação reparatória, nos casos de atos judiciais decisórios, depende que estes não sejam mais passíveis de impugnação, mas não exige que a vítima tenha se valido de todos os recursos ordinários a ela disponíveis para a correção do equívoco.

**20.** A legislação sobre a responsabilidade civil do Estado, no que diz respeito ao erro judiciário, tem de frisar que: i) o erro está relacionado com um comportamento ativo, relacionando-se com o equívoco verificado na produção de atos decisórios; ii) o erro pode acontecer em qualquer âmbito processual (seja penal, cível, trabalhista, entre outros), e ser ocasionado por qualquer decisão proferida no curso do processo (independe de fase ou natureza); iii) a responsabilidade do Estado, nas hipóteses de decisões provisórias, é apenas subsidiária, cabendo o dever reparatório primeiramente à parte que se aproveitou da decisão errônea; iv) o equívoco pode ter como substrato erro de procedimento ou erro de julgamento, abrangendo também o erro de fato e o erro de Direito; v) inexistente erro quando a matéria é controvertida, e a interpretação dada pelo magistrado for razoável, salvo em caso de posterior pacificação da jurisprudência em sentido contrário, e de forma vinculante (dentro do lapso prescricional da ação de responsabilidade).

**21.** A lei, no aspecto concernente à prisão indevida, deve deixar claro que esta pode originar-se de prisão irregular ou de prisão em tempo excessivo, e que ambas não estão restritas apenas à seara penal. Relativamente à prisão irregular, deve a legislação elucidar que: i) esta pode ter como fundamento não só a equivocada condenação, mas também o erro na decretação de prisão provisória; ii) as prisões provisórias, ainda que lícitas, podem ensejar a responsabilização, desde que posteriormente haja a absolvição do preso (independente do fundamento), impronúncia, o inquérito seja arquivado ou se verifique a rejeição da denúncia ou



queixa. No que consiste à prisão em tempo excessivo, fundamental que o diploma normativo evidencie que esta é provocada não só pelo encarceramento para além do tempo previsto na sentença, mas também pode ter como fundamento o excesso observado em prisões provisórias.

**22.** A lei nacional de responsabilidade civil do Estado, quanto à denegação da justiça em sentido estrito, tem como dever explicitar que esta categoria se refere à ausência de atos judiciais que ocasionem o perecimento de direitos pleiteados em juízo. O regramento deve atestar que a caracterização da denegação depende: i) da existência de prévio requerimento pela vítima (com exceção dos deveres de ofício); ii) da subsistência de tempo hábil para a edição do ato; iii) da constatação de que a vítima realmente faria jus ao provimento requerido.

**23.** Com relação à morosidade judicial, a legislação possui como papel exprimir que: i) a morosidade deve ser entendida como o excessivo tempo de tramitação de um processo judicial até a sua decisão final; ii) os critérios para a aferição da demora são a complexidade das questões de fato e de direito discutidas, o comportamento das partes e de seus procuradores e, por fim, a atuação do órgão jurisdicional em si; iii) não servem como parâmetros de avaliação a alegação de excesso de trabalho, o argumento do significativo volume processual e também as questões inerentes à alocação de magistrados.

**24.** Ao final, analisando-se como a legislação nacional de responsabilidade civil do Estado tem de se ocupar do tratamento das questões capitais, da responsabilidade pelo exercício das funções legislativa e judicial, do direito de regresso e dos aspectos processuais (e temas conexos a todos estes): i) pode-se sustentar que tanto a redação final do Projeto de Lei nº 412/2011 na Câmara dos Deputados, quanto o Substitutivo apresentado pelo relator Senador Antonio Anastasia no Senado Federal (referente ao Projeto de Lei da Câmara nº 126/2015) são insuficientes na abordagem legislativa da responsabilização extracontratual estatal; ii) torna-se possível confeccionar, ao revés, um anteprojeto de lei que concretize as conclusões obtidas, conferindo uma disciplina adequada ao instituto.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *IP – Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago.2007.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, a. 3, p. 89-103, jan./mar. 2016.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências Legislativas e Analogia – Breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 357-370, jan./dez. 2007.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A responsabilidade civil e ambiental em atividades nucleares. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 65-107, jan./abr. 2016.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 2, n. 9, p. 13-59, 2002.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. *IP – Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 12, n. 60, p. 25-62, mar./abr. 2010.
- BARBOSA, Ruy. *A culpa civil das Administrações Públicas*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1898.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BEDONE, Igor Volpato. *Imputação de danos na omissão estatal*. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional: breves comentários acerca da inconstitucionalidade do acórdão do Recurso Extraordinário 636.331/RJ, do Supremo Tribunal Federal, no qual se decidiu que as Convenções de Varsóvia e de Montreal sobrepõem-se ao Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 605-634, jan./fev. 2018.

BERNARDO, Aurélio Adelino. *Responsabilidade Civil do Estado por lesão aos direitos fundamentais*. 2014. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917.

BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade Extracontratual das Pessoas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade Extracontratual do Estado – a responsabilidade exclusivamente regressiva do agente público em face do princípio da impessoalidade. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BIGLIERI, Alberto. Tensión entre la Reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada. *Revista La Ley*, Buenos Aires, n. 85, p. 1-8, 2014.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARPES, Arthur Thompsen. O Superior Tribunal de Justiça e a razoabilidade no reexame do juízo de admissibilidade da denunciação da lide. *RePro: Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 365-382, dez./2015.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade Civil sem Dano – uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Responsabilidade civil das Pessoas Jurídicas Prestadoras de Serviços Públicos. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul./set. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral: interpretação da valoração e dos critérios de fixação na jurisprudência civil e trabalhista*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 5, n. 21, p. 124-137, out./dez. 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 47, p. 107-125, jan./mar. 2012.

CORRÊA, Rafael. Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, a. 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Segurança jurídica, precedente judicial e o Direito Civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, p. 1-25, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Ramos-e-Cortiano-Junior-civilistica.coma.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Dano moral nas relações de trabalho: a limitação das hipóteses de sua ocorrência e a tarifação da indenização pela reforma trabalhista. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018, p. 1-23, 2018, p. 10. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/08/Cortiano-Jr.-e-Ramos-civilistica.com-a.7.n.2.2018.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

COSTA, Judith Martins. Dano moral à brasileira. *RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a. 3, n. 9, p. 7073-7122, out./dez. 2014.

COSTA, Judith Martins. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, mar./2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914.

CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 5, p. 1-16, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/adilson-abreu-dallari/credenciamento>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

DAVID, Juliana Portes. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por Omissão: uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

DAVID, Tiago Bitencourt de. A Relação de Causalidade no Direito e na Natureza: Breve Estudo sobre a Legitimidade da Imputação do Resultado Danoso. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 19, n. 113, p. 99-109, mai./jun. 2018.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DENCZUK, Tatiana; FERREIRA, Daniel. Responsabilidade do Estado pela perda de uma chance. *Ius Gentium*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 240-265, jan./jun. 2017.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade Civil das Entidades Paraestatais. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado*: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 85-96, out./dez. 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Serviços Públicos*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de Direito Administrativo*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Segurança Jurídica e o Supremo Tribunal Federal – modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DOTTI, Rogéria. A denunciação da lide e a ilegitimidade passiva ad causam. DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (coords.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional (ênfase no direito brasileiro)*. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.



FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado no Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 117-136, jul. 2017.

FARIA, Luzardo. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 17, n. 69, p. 211-241, jul./set. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERNANDES, Paulo Vinicius Liebl. As Possibilidades de Denúnciação da Lide do Agente Público nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado. In: BRUNETTO, Caroline Araújo; REIS, Clayton; REIS, Guilherme Alberge; VENAZZI, Karen Fabricia; SOUZA, Márcia Regina Nunes. (orgs.). *Temas Atuais e Relevantes da Responsabilidade Civil*. 3 ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Aspectos polêmicos da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 5, p. 257-276, dez./jan. 2001.

FERRAZ, Luciano. *Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu#sdfootnote5anc>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, Carolina Raboni. *A admissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar numa comparação jurídica entre os ordenamentos brasileiro e francês*. 2016. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

FERREYROS, Maria Eugenia Caller. Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario. *Revista Del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Lima, n. 49, p. 71-111, abr./2010. Disponível em: <[http://www.ipdt.org/editor/docs/02\\_Rev49\\_MECF.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/02_Rev49_MECF.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz*. Curitiba: Juruá, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e punitive damages a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 87, n.1, p. 190-219, jan./jun. 2015.

FORNACIARI, Fernando Hellmeister Clito. *Denúnciação da Lide no Direito Brasileiro*. 212 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face dos Danos Causados a Terceiros. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FORTINI, Cristiana; SOUZA, Tatiana Santos de. A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 6, n. 26, p. 221-234, out/dez. 2006.

FRANCO, João Honório de Souza. *Indenização do erro judiciário e prisão indevida*. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, p. 1-27, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Fraz%C3%A3o-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2018.

FREIRE, André Luiz. Apontamento sobre as funções estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 248, p. 13-53, mai. 2008.

FREIRE, André Luiz. *O regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem Nexo Causal e a Responsabilidade por Danos*. 275 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

GABARDO, Emerson. *A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. O caso da indenização por ausência de revisão geral remuneratória dos servidores públicos. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio;

SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (orgs.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, Faute du Service e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 38, p. 111-128, out./dez. 2009.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *Responsabilidad del Estado por la Actividad Judicial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Mario Soares Caymmi. O novo Código Civil e os prazos de prescrição administrativa em caso de responsabilidade do Estado e de apossamento administrativo – um estudo a partir da jurisprudência do STF e do STJ. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 11, n. 46, p. 161-178, out./dez. 2011.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A Reparação Civil na Teoria da Perda de uma Chance*. 2010. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. A denúncia da Lide: sua obrigatoriedade e extensão. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 94, p. 9-17, jul./set. 1976.

GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. A Responsabilidade Civil do Estado-Juiz. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não incidência de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHI, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O conceito de norma geral e a regra do valor mínimo às parcerias público-privadas (inciso I do § 4.º do art. 2.º da Lei nº 11.079/2004). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 18, p. 1-18, mai./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FERNANDOVERNALHA.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HIGA, Alberto Shingi. *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*. 324 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales. In: ÁVILA, Santiago Matías.

*Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944.* Buenos Aires: Infojus, 2015.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livrarias do Globo, 1939.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade Civil do Estado Legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade do Estado por omissão judicial*. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MAIA, Mário Sérgio Falcão; LEITE, Rodrigo de Almeida. A ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face da Lei Orgânica do Município. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 930-958, set./dez. 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARINI, Vitor Garcia. A lei em tese e a lei de efeitos concretos na impetração coletiva preventiva: definições a partir da teoria da norma jurídica de Norberto Bobbio. *Revista da ASSEJUR*, Curitiba, a. 1, v. 1, p. 19-40, dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais. *ReDAC - Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 18, p. 135-155, mai./jun. 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.



MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexos Causais e Imputação Objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *IP - Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 13, n. 66, mar./abr. 2011, não paginado. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MIRANDA, Gilson Delgado. A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MODESTO, Paulo. Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 99, p. 115-127, 1991.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, p. 1-25, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/limitesao-principio-da-reparacao-integral/>>. Acesso em: 11 set. 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Administração Pública e a Revisão Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 187, p. 48-81, jan./mar. 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MULLHONLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU*. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização de justiça à faceta perversa do argumento. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015)*. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PENNA, Sérgio F. P. de O; MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. *Técnica legislativa: orientação para a padronização de trabalhos*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70469>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e o seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 7, p. 33-47, out. 1955.

PESTANA, Márcio. Responsabilidade Civil do Estado por Danos Provocados por Concessionários em Parcerias Público-Privadas. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores Juizes: Impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (coords.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016.

PRADO, Safira Orçatto M. do. Fundamentos da Irresponsabilidade Estatal por Atos Judiciais – Críticas e Refutações. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 14, p. 87-109, out./dez. 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUIRINO, Arnaldo. *Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999.

RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a

responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, a. 4, p. 109-163, jul./set. 2017. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34638140/A\\_teor%C3%ADa\\_do\\_dano\\_direto\\_e\\_imediato\\_no\\_Direito\\_Civil\\_brasileiro?auto=download](https://www.academia.edu/34638140/A_teor%C3%ADa_do_dano_direto_e_imediato_no_Direito_Civil_brasileiro?auto=download)>. Acesso em: 30 set. 2018.

REIS, Clayton. A Responsabilidade Civil em Face da Violação aos Direitos da Personalidade no Direito de Família. In: REIS, Clayton (coord.). *Responsabilidade Civil em Face da Violação aos Direitos da Personalidade: Uma Pesquisa Multidisciplinar*. Curitiba: Juruá, 2011.

REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REZENDE, Renato Monteiro de. *Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/243215>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROZAS, Luiza Barros. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 747-792, 2004.

SALGADO, Eneida Desiree; CERQUEIRA NETO, José Nunes de. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 114-130, jan./jun. 2016.

SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n.1, p. 88-123, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização civil no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo Causal e Excludentes da Responsabilidade Extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à erosão dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 36, p. 75-122, abr./jun. 2009.

SEABRA, Fausto José Martins. Critérios para o Arbitramento de Indenização por Danos Morais Causados pelo Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites Objetivos da Coisa Julgada e Questões Prejudiciais*. 2016. 218 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 17, n. 68, p. 139-152, abr./jun. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Quem paga pelos riscos dos processos? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov./2018.

TÁCITO, Caio. Tendências atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 55, p. 261-273, 1959.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vita. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

THOMAS, Dayamis Ramirez; BERTRÁN, Gretcher Lamas; PÉREZ, Juan Carlos Mendoza. La responsabilidad patrimonial de la administración pública en Cuba: perspectiva de cambio. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Málaga, dez. 2017, não paginado. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/caribe/2017/12/administracion-publica-cuba.html>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

VALIATTI, Thiago Priess. *Segurança Jurídica e Infraestrutura: a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2018.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

YLARRI, Juan Santiago. La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por su actividad lícita. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 36, p. 331-359, jan./jun. 2016.

ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZANCANER, Weida. *O perfil jurídico do credenciamento*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 787-794.

ZOCKUN, Maurício. *O Novo Código de Processo Civil e o direito administrativo: (i) a aplicação subsidiária e supletiva do CPC aos processos administrativos e (ii) a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/o-novo-codigo-deprocesso-civil-e-o-direito-administrativo-i-a-aplicacao-subsidiaria-e-supletiva-do-cpc-aos-processos-administrativos-e-ii-a-responsabilidade-do-estado-por-ato-jurisdicional>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional da Atividade Notarial e de Registro*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado – Atividades notariais e de registro – RE 842.846*. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/responsabilidade-patrimonial-do-estado-atividades-notariais-zockun/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado*: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade pessoal do agente público à luz do art. 37, § 6º, da Constituição da República. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ*: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Particularidades do Arbitramento do Dano Moral na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade Civil do Estado*: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.



## APÊNDICE –

### ANTEPROJETO DE LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

#### ANTEPROJETO DE LEI Nº...

*Dispõe sobre normas gerais a respeito da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos; dispõe também sobre aspectos processuais relacionados ao tema.*

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

#### CAPÍTULO I

#### DISPOSIÇÕES GERAIS

**Art. 1º** Esta Lei estabelece normas gerais sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, bem como dispõe sobre aspectos processuais relacionados ao tema.

§ 1º A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos ocasionados a terceiros, em decorrência de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

§ 2º A responsabilidade civil abrangida por esta legislação é aquela de origem extracontratual, sendo que o disposto nesta Lei:

I – não se aplica às espécies de sacrifício de direito;

II – aplica-se subsidiariamente à responsabilidade civil contratual.

§ 3º Os preceitos desta Lei aplicam-se:

I – à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios;

II – às demais pessoas jurídicas de Direito público;

III – às pessoas jurídicas de Direito privado, que, sob qualquer título, prestem serviços públicos, incluindo, exemplificadamente:

- a) as empresas estatais;
- b) as concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos;
- c) as pessoas jurídicas de Direito privado sem fins lucrativos a quem, por intermédio de instrumentos contratuais, tenham sido transferidos serviços públicos;
- d) as pessoas jurídicas credenciadas que prestem serviços públicos.

§ 4º Para fins específicos desta Lei, compreende-se serviço público, de modo amplo, como toda a atividade tipicamente pública.

§ 5º As pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos submetem-se aos termos desta Lei apenas no tocante aos danos relacionados à prestação do serviço público.

§ 6º O disposto nesta Lei não se aplica às empresas estatais que explorem atividade econômica, nos termos do §1º do art. 173 da Constituição Federal.

§ 7º O disposto nesta Lei não se aplica às pessoas físicas prestadoras de serviços públicos, cujo regime de reparação deverá ser disciplinado em legislação específica.

§ 8º A responsabilidade da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, quando não tenham concorrido com o dano, é subsidiária à das demais pessoas jurídicas de Direito público a eles vinculadas;

§ 9º A responsabilidade da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, quando não tenham concorrido com o dano, é subsidiária à das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos a eles relacionadas, limitada a subsidiariedade, contudo, aos danos concernentes ao serviço público prestado.

## **CAPÍTULO II**

### **DO REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE**

#### **Seção I**

##### **DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE**

**Art. 2º** As pessoas jurídicas de Direito público e as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, ocasionarem a terceiros.

§ 1º A responsabilidade objetiva exige a demonstração dos seguintes pressupostos:

I – conduta (ação ou omissão);

II – dano;

III – nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

§ 2º A responsabilidade objetiva independe da demonstração de culpa ou dolo na conduta, tanto nas ações, quanto nas omissões.

§ 3º No caso das pessoas jurídicas de Direito público mencionadas no inciso I, do §3º do art. 1º desta Lei, a responsabilidade objetiva se aplica aos danos decorrentes:

I – do exercício de todas as funções estatais, incluindo a legislativa e judicial;

II – da atividade desempenhada pelos membros dos Tribunais de Contas, Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública, independente da natureza da função.

## Seção II

### DA CONDUTA

**Art. 3º** A conduta apta a ensejar a responsabilização de que trata esta Lei é aquela:

I – resultante de comportamento comissivo, lícito ou ilícito:

a) do agente, desde que atuando nessa qualidade;

b) atribuível às pessoas jurídicas de Direito público ou de Direito privado prestadoras de serviços públicos, ainda que não seja possível a individualização do agente.

II – resultante de omissão:

a) do agente, desde que atuando nessa qualidade;

b) atribuível às pessoas jurídicas de Direito público ou de Direito privado prestadoras de serviços públicos, ainda que não seja possível a individualização do agente.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se agente, de forma ampla, como o agente público, entendido este como aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

§ 2º O agente público atua nessa qualidade quando:

I – encontra-se no exercício de suas funções;

II – ainda que exorbitando o exercício de suas funções, prevalece-se da condição de agente público.

§ 3º A omissão, por natureza um ato ilícito, decorre do descumprimento de um dever concreto de agir, que pode ser originário, exemplificadamente:

I – de norma jurídica que o imponha;

II – da ciência da imprescindibilidade de adoção de determinada conduta;

III – de circunstâncias fáticas propiciadas que criaram o risco da ocorrência do resultado.

§ 4º A conduta omissiva configura-se apenas com o descumprimento do dever concreto de atuação, sendo irrelevante a possibilidade de agir.

### Seção III

#### DO DANO

**Art. 4º** O dano, para ser reparável, deve reunir cumulativamente as seguintes características:

§ 1º No caso de condutas comissivas ilícitas e de omissões:

I – lesão a direito;

II – certeza;

III – anormalidade.

§ 2º No caso de condutas lícitas:

I – lesão a direito;

II – certeza;

III – anormalidade;

IV – especialidade.

§ 3º Caso presente o dever jurídico de suportar o dano, não haverá lesão a direito, como ocorre, exemplificadamente, nos atos praticados:

I – em legítima defesa;

II – no exercício regular de direito;

III – em estado de necessidade, quando o perigo é criado pela própria vítima.

§ 4º O dano é certo quando efetivamente frustra o exercício de um direito, presente ou futuro.

§ 5º O dano é anormal quando supera os encargos que as pessoas cotidianamente devem suportar por viver em sociedade.

§ 6º O dano é especial quando imposto a um número restrito de indivíduos em benefício de toda a coletividade.

**Art. 5º** O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, individual ou transindividual.

§ 1º A reparação dos danos patrimoniais engloba, independentemente da licitude da conduta, os danos emergentes e os lucros cessantes.

§ 2º A reparação dos danos extrapatrimoniais, quando realizada por intermédio de indenização, deve observar:

I – primeiramente, para a fixação do valor base, o direito afetado e a jurisprudência acerca da matéria;

II – subsequentemente, para a fixação do valor definitivo, as circunstâncias particulares do caso concreto.

§ 3º A reparação pode ocorrer, quando possível, e se for o interesse da vítima, de forma específica, ou seja, *in natura* ou de modo não pecuniário.

## Seção IV

### DO NEXO DE CAUSALIDADE

**Art. 6º** O nexo causal deve ser investigado em concreto, com a identificação de uma conduta comissiva ou omissiva como a causa necessária para a produção do dano.

*Parágrafo único.* O dano a ser reparado é aquele reputado como efeito necessário de determinada causa, incluindo-se os danos indiretos, quando inexistente concausa necessária.

**Art. 7º** As pessoas jurídicas de Direito público e as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos respondem solidariamente quando concorrerem para a geração de um mesmo dano.

§ 1º Eventual discussão quanto à divisão da responsabilidade pela ocorrência do dano deverá ocorrer em ação de regresso, devendo ser resolvida pelo critério da eficácia causal da conduta.

§ 2º Caso a ação de responsabilidade seja proposta pela vítima em face de apenas um dos responsáveis solidários, o chamamento ao processo do corresponsável fica condicionado à demonstração de ausência de violação à razoável duração do processo.

## Seção V

### DAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DO NEXO DE CAUSALIDADE

**Art. 8º** Considera-se rompido o nexo de causalidade quando da ocorrência das seguintes hipóteses:

I – força maior, entendida como o evento irresistível, relacionado a um fato externo da natureza;

II – fato exclusivo de terceiro, compreendido como o evento irresistível, atribuível a terceiro, e que não guarde nenhuma relação com a atividade desempenhada;

III – o fato exclusivo da vítima.

§ 1º O caso fortuito, compreendido como o evento associado à própria atividade desempenhada, não exclui o nexo de causalidade.

§ 2º A reserva do possível não exclui o nexo de causalidade.

**Art. 9º** A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos será atenuada nas seguintes hipóteses:

I – quando a força maior também concorrer para a produção do dano;

II – quando o fato da vítima também concorrer para a produção do dano.

§1º A divisão da responsabilidade deverá ser realizada de acordo com a eficácia causal da conduta.

§ 2º Nas situações envolvendo a concorrência com fato de terceiro, a responsabilidade seguirá o disposto no art. 7º.

## Seção VI

### DO DIREITO DE REGRESSO

**Art. 10** É assegurado o direito de regresso às pessoas jurídicas de Direito público e às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, nos casos em que, identificável o agente responsável pelo dano, este tenha atuado com dolo ou culpa.

§ 1º Não haverá direito de regresso nas situações envolvendo danos ocasionados por condutas lícitas.

§ 2º O direito de regresso, quando cabível, consiste em uma obrigação das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, sob pena de responsabilidade.



**Art. 11** Todo o agente, independente da categoria e da função desempenhada, pode ser responsabilizado regressivamente quando demonstrada a presença de dolo ou culpa em sua conduta, salvo a exceção prevista no art. 21.

*Parágrafo único.* Se houver excessiva desproporção entre o dano e a gravidade da culpa do agente, a reparação regressiva deve ser reduzida equitativamente.

**Art. 12** O direito de regresso exige a prévia compensação do dano pelas pessoas jurídicas de Direito público e as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos.

*Parágrafo único.* O direito de regresso origina-se com a devida expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, nos casos das pessoas jurídicas que estejam submetidas a esta sistemática de pagamento.

**Art. 13** O direito de regresso persiste mesmo após o término do desempenho do cargo ou da função pública pelo agente, e inclusive atinge os seus sucessores, nos limites da herança.

### **CAPÍTULO III**

#### **DAS ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS**

##### **Seção I**

##### **DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO**

**Art. 14** A União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios respondem pelos danos decorrentes de atos legislativos.

*Parágrafo único.* Para aos fins desta Lei, compreendem-se por atos legislativos as espécies legislativas disciplinadas no art. 59 da Constituição Federal, incluindo, no que couber, as emendas constitucionais.

**Art. 15** A responsabilidade por atos legislativos decorre de danos ocasionados em virtude de qualquer das seguintes hipóteses:

I – ato legislativo posteriormente declarado inconstitucional;

II – ato legislativo constitucional que atinja, de forma anormal, pessoas ou grupos determinados;

III – omissão legislativa inconstitucional.

§ 1º O dano, nas hipóteses dos incisos I e III, por se tratar de conduta ilícita, deve preencher os requisitos do art. 4º, § 1º desta Lei.

§ 2º O dano, na hipótese do inciso II, por se tratar de conduta lícita, deve preencher os requisitos do art. 4º, § 2º desta Lei.

## Seção II

### DA RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS

**Art. 16** A responsabilidade por atos legislativos posteriormente declarados inconstitucionais observa-se:

I – em razão de atos legislativos de caráter nacional, federal, estadual ou municipal declarados inconstitucionais em face da Constituição Federal;

II – em razão de atos legislativos estaduais ou municipais declarados inconstitucionais em face das respectivas Constituições Estaduais ou Lei Orgânica do Distrito Federal.

*Parágrafo único.* O mesmo regime de reparação aplica-se, no que couber, aos atos legislativos municipais editados em contrariedade à respectiva Lei Orgânica.

**Art. 17** Na hipótese da responsabilidade por atos legislativos inconstitucionais, a declaração de inconstitucionalidade pode ocorrer:

I – quando possível, em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

II – em sede de controle difuso de constitucionalidade.

*Parágrafo único.* Quando houver atribuição de efeitos não retroativos ou prospectivos à declaração, fica excluída a responsabilidade por atos legislativos inconstitucionais.

## Seção III

### DA RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS CONSTITUCIONAIS

**Art. 18** A responsabilidade por atos legislativos constitucionais decorre de atos legislativos que, embora constitucionais, atinjam pessoas ou grupos determinados, impondo sacrifícios anormais em prol do benefício de toda a coletividade.

§ 1º A constitucionalidade pode ser aferida com base na Constituição Federal, para atos legislativos nacionais, federais, estaduais ou municipais.

§ 2º A constitucionalidade pode ser aferida, também, em face das Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal, para os atos legislativos estaduais ou municipais.

§ 3º Aplica-se o mesmo regime, no que couber, às leis municipais que estejam em conformidade com a Lei Orgânica respectiva.

## Seção IV

### DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

**Art. 19** A responsabilidade por omissão legislativa inconstitucional origina-se do descumprimento do dever concreto de legislar imposto por norma devidamente individualizada oriunda:

I – da Constituição Federal;

II – das Constituições Estaduais ou Lei Orgânica do Distrito Federal.

*Parágrafo único.* O mesmo regime aplica-se, no que couber, ao descumprimento do dever concreto de legislar imposto por norma individualizada prevista em Lei Orgânica municipal.

**Art. 20** Será considerado descumprido o dever concreto de legislar imposto por norma individualizada quando:

I – previsto o prazo para o cumprimento do dever, este for desrespeitado;

II – ausente a identificação do prazo, a mora legislativa houver sido reconhecida:

a) em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão;

b) em sede de mandado de injunção.

§ 1º A omissão só se extingue com a efetiva produção do ato legislativo, não bastando, para tanto, a deflagração do processo legislativo.

§2º No caso do parágrafo único do art. 19, a caracterização do descumprimento do dever concreto de legislar, ausente o prazo na norma, pode se dar via controle difuso.

## Seção V

### DO DIREITO DE REGRESSO

**Art. 21** Não há direito de regresso em face de danos oriundos de atos legislativos, mesmo nas hipóteses dos atos produzidos em razão do exercício atípico da função legislativa.

## Seção VI

### IMUNIDADE MATERIAL E RESPONSABILIDADE

**Art. 22** A imunidade material não afasta a responsabilidade da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios pelos danos ocasionados por quaisquer dos atos por ela abrangidos.

## CAPÍTULO IV

### DAS ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE POR JUDICIAIS

#### Seção I

##### DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO

**Art. 23** A União e os Estados-membros respondem pelos danos causados por atos judiciais.

*Parágrafo único.* Compreende-se por atos judiciais todas as ações ou omissões verificadas no âmbito de processo judicial, independente da fase ou natureza deste, atribuíveis aos magistrados ou ainda aos auxiliares da justiça.

**Art. 24** A responsabilidade por atos judiciais origina-se de danos ocasionados em razão de:

I – erro judiciário;

II – prisão indevida;

III – denegação da justiça em sentido estrito;

IV – morosidade judicial;

V – qualquer outra ação ou omissão judicial danosa.

§ 1º Para fins de responsabilidade, é dispensável a prévia desconstituição da coisa julgada, quando o ato judicial danoso estiver submetido à sua autoridade.

§ 2º A caracterização da responsabilidade por atos judiciais exige, quando tratar-se de ato decisório, que este não seja mais passível de recurso.

§ 3º A caracterização da responsabilidade por atos judiciais não exige que a vítima tenha se valido dos recursos ordinários a ela disponíveis para corrigir o equívoco da decisão.

#### Seção II

##### DO ERRO JUDICIÁRIO

**Art. 25.** O erro judiciário consiste no erro cometido em qualquer ato decisório durante o curso processual, independente da fase ou natureza do processo.

§1º O erro judiciário abrange o equívoco decisório cometido em qualquer âmbito processual, não se limitando apenas à seara penal.

§2º O erro judiciário abrange também os atos decisórios de cunho provisório, quando não confirmados posteriormente por decisão final, hipótese em que a responsabilidade das pessoas

jurídicas indicadas no *caput* do art. 23 é subsidiária, cabendo a compensação prioritariamente àquele que se beneficiou da decisão.

§ 3º O erro judiciário pode originar-se de:

I – erro de procedimento;

II – erro de julgamento, compreendendo:

a) erro de fato;

b) erro de Direito.

§ 4º Não há erro judiciário quando o ato decisório tratar de matéria controvertida, e o magistrado houver dado interpretação razoável à norma, salvo na hipótese de posterior pacificação da jurisprudência, de forma vinculante e em sentido contrário à decisão, dentro do lapso prescricional do art. 41.

### Seção III

#### DA PRISÃO INDEVIDA

**Art. 26** A prisão indevida verifica-se nas seguintes hipóteses:

I – prisão irregular;

II – prisão em tempo excessivo.

*Parágrafo único.* A responsabilidade por prisão indevida não está restrita apenas à seara penal.

**Art. 27** A prisão irregular consiste no equivocado cercamento da liberdade decorrente de:

I – condenação;

II – prisão provisória.

*Parágrafo único.* A prisão provisória lícita também gera a responsabilidade nas seguintes situações:

I – posterior absolvição, independente do fundamento;

II – arquivamento do inquérito;

III – rejeição da denúncia ou queixa;

IV – impronúncia.

**Art. 28** A prisão em tempo excessivo ocorre quando a vítima fica presa, definitivamente, além do tempo fixado na sentença.

§ 1º A prisão em tempo excessivo também pode ser verificada nos casos de prisões provisórias.

§ 2º A prisão em tempo excessivo também pode derivar da má execução da atividade administrativa penitenciária.

#### Seção IV

#### DA DENEGAÇÃO DA JUSTIÇA EM SENTIDO ESTRITO

**Art. 29** Para os fins desta Lei, considera-se denegação da justiça em sentido estrito a omissão na prática de atos judiciais que ocasionem violação a direitos pleiteados em juízo.

*Parágrafo único.* Para a caracterização da denegação da justiça em sentido estrito exige-se, cumulativamente:

I – a existência de prévio requerimento, com exceção dos casos que envolvam o cumprimento de deveres de ofício;

II – a existência de tempo razoável para a prática do ato;

III – a constatação de que a vítima efetivamente faria jus ao provimento requerido.

#### Seção V

#### DA MOROSIDADE JUDICIAL

**Art. 30** A morosidade judicial caracteriza-se pelo excessivo tempo de tramitação de processo judicial.

§ 1º Para a aferição da morosidade, devem ser levados em consideração os seguintes parâmetros:

I – complexidade das questões de fato e de direito discutidas;

II – comportamento das partes e de seus procuradores;

III – atuação do órgão jurisdicional;

IV – exame comparativo com o tempo médio de duração de outros processos similares, desde que este tempo médio seja entendido como aceitável.

§ 2º Para aferição da morosidade, não devem ser levados em consideração os seguintes parâmetros:



I - excesso de trabalho;

II – volume processual;

III – questões inerentes à alocação de magistrados.

## CAPÍTULO V

### DAS FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO

#### Seção I

#### DA REPARAÇÃO ESPONTÂNEA DO DANO

**Art. 31** As pessoas jurídicas de Direito público e de Direito privado prestadoras de serviços públicos tem o dever de reparar espontaneamente o dano ocasionado, quanto inequívoca a obrigação, sob pena de responsabilidade.

**Art. 32** O terceiro, vítima do dano, poderá requerer a reparação pela via judicial ou administrativa.

*Parágrafo único.* O terceiro é todo aquele que não seja o responsável pelo dano, abrangendo, na hipótese das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, os usuários e não usuários.

#### Seção II

#### DA REPARAÇÃO JUDICIAL DO DANO

**Art. 33** São partes legítimas, na ação de responsabilidade civil, apenas as pessoas jurídicas de Direito público e as pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, sendo vedado o ajuizamento da ação em face exclusivamente do agente.

*Parágrafo único.* Fica vedado, também, o ajuizamento da ação em face do agente e da pessoa jurídica, em litisconsórcio passivo.

#### Seção III

#### DA REPARAÇÃO ADMINISTRATIVA DO DANO

**Art. 34** Sem prejuízo da propositura da ação, a reparação do dano poderá ser pleiteada administrativamente.

§ 1º A partir da data do protocolo do requerimento, fica suspenso o prazo de prescrição da ação de responsabilidade civil, até a decisão administrativa final.

§ 2º O procedimento a ser adotado para o ressarcimento administrativo do dano será disciplinado por cada ente federativo.

## Seção IV

### DA AUTOCOMPOSIÇÃO

**Art. 35** A proposição da ação ou do requerimento administrativo não impede que a reparação possa ocorrer por intermédio de autocomposição judicial ou administrativa.

## CAPÍTULO VI

### DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO

#### Seção I

##### DA IDENTIFICAÇÃO E APURAÇÃO DO DOLO OU CULPA DO AGENTE

**Art. 36** A identificação do agente causador do dano e a apuração de seu dolo ou culpa poderão ser efetuadas mediante processo administrativo.

*Parágrafo único.* A autoridade competente poderá determinar, de ofício, a instauração de processo administrativo para identificação e apuração do dolo ou culpa do agente causador do dano, independentemente da existência de ação de responsabilidade civil ou de requerimento administrativo de reparação de dano.

#### Seção II

##### DO EXERCÍCIO JUDICIAL DO DIREITO DE REGRESSO

**Art. 37** O direito de regresso das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, no âmbito judicial, pode ser exercido de forma autônoma ou, antecipadamente, por meio da denúncia da lide.

*Parágrafo único.* O exercício judicial do direito de regresso de forma autônoma fica condicionado ao prévio insucesso do exercício do direito de regresso pela via administrativa.

**Art. 38** O exercício do direito de regresso de forma autônoma dá-se por meio da propositura da ação de regresso, que deve preencher cumulativamente os seguintes pressupostos:

I – demonstração de dolo ou culpa do agente;

II – comprovação da prévia compensação do dano, nos termos do art. 12.

**Art. 39** A denúncia da lide é admitida na ação de responsabilidade civil, para discussão antecipada do direito de regresso, desde que não signifique o comprometimento da duração razoável do processo, com um incremento substancial da atividade probatória.

§ 1º Eventual cumprimento de sentença das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos, em face do agente denunciado, estará submetido à comprovação da prévia reparação do dano, nos termos do art. 12.

§ 2º Não será admitido o cumprimento de sentença, por parte da vítima, diretamente em face do agente denunciado.

### Seção III

#### DO EXERCÍCIO ADMINISTRATIVO DO DIREITO DE REGRESSO

**Art. 40** O exercício do direito de regresso das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos deve ocorrer prioritariamente pela via administrativa.

*Parágrafo único.* O procedimento a ser adotado será disciplinado por cada ente federativo.

### CAPÍTULO VII

#### DA PRESCRIÇÃO

**Art. 41** Prescreve em cinco anos a pretensão de reparação, nos termos desta Lei, em face das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos.

*Parágrafo único.* O termo inicial do prazo prescricional é a data em que a vítima teve ciência da lesão e seus efeitos.

**Art. 42** Prescreve em cinco anos a pretensão de exercício do direito de regresso, em face do agente, por parte das pessoas jurídicas de Direito público e das pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos.

*Parágrafo único.* O termo inicial do prazo prescricional é a data da efetiva compensação do prejuízo, nos termos do art. 12.

### CAPÍTULO VIII

#### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 43** Aplicam-se subsidiariamente ao disposto nesta Lei:

I – a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), em relação à responsabilidade;

II – a Lei nº 13.105/2016 (Código de Processo Civil), em relação ao processo e julgamento da ação de responsabilidade civil do Estado.

**Art. 44** Revogam-se:

I – o art. 49 da Lei Complementar nº 35/1979;

II – arts. 143, 158, 161, 181, 184, e 187 da Lei nº 13.105/2016 (Código de Processo Civil);

III – art. 1.744 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil);

IV – art. 2º da Lei nº 4.619, de 1965.

**Art. 45** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

**ANEXO 1 – PROJETO DE LEI Nº 412/2011 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

CÂMARA DOS DEPUTADOS

REDAÇÃO FINAL  
PROJETO DE LEI Nº 412-D DE 2011

Dispõe sobre a responsabilidade civil do Estado e revoga dispositivo da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I  
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

§ 1º Os preceitos desta Lei aplicam-se:

- I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, suas respectivas autarquias e fundações públicas;
- II - às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prestadoras de serviços públicos;
- III - às concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos; e
- IV - às demais pessoas jurídicas de direito privado que, sob qualquer título, prestem serviços públicos.

§ 2º As concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos respondem pelos danos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou



atenue essa responsabilidade.

§ 3º A responsabilidade do poder público é subsidiária à das concessionárias, permissionárias, autorizadas e de outras pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, quando os fatos geradores da responsabilidade relacionarem-se com os serviços públicos que desempenham.

§ 4º As empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, no tocante às obrigações decorrentes da responsabilidade civil.

§ 5º Os preceitos desta Lei aplicam-se aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União e dos Estados e às Câmaras Municipais, quando no desempenho de função administrativa, observado o disposto no Capítulo IX desta Lei, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas e ao Ministério Público, como previsto nos Capítulos VIII e X.

§ 6º Aplicam-se, também, os preceitos desta Lei às atividades notariais e de registro, casos em que a responsabilidade do delegatário decorre de culpa ou dolo, sendo a responsabilidade do poder público subsidiária.

Art. 2º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano, nos casos de dolo ou culpa.

Parágrafo único. A responsabilidade de que trata o *caput* é subjetiva nos casos em que dano decorra de omissão.

## CAPÍTULO II DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE

Art. 3º A responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado





prestadoras de serviços públicos exige os seguintes pressupostos:

- I – existência do dano e do nexo causal;
- II – estar o agente no exercício de suas funções;
- III – ausência de causa excludente de responsabilidade; e
- IV – culpa ou dolo, na hipótese de omissão.

### CAPÍTULO III DO DANO

Art. 4º O dano há de ser real e certo, com decorrências imediatas ou supervenientes.

Parágrafo único. O dano poderá ter consequências individualizadas, coletivas ou difusas.

### CAPÍTULO IV DO NEXO DE CAUSALIDADE

Art. 5º Para configurar-se a responsabilidade, deve ficar comprovada a existência de nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.

### CAPÍTULO V DAS CAUSAS EXCLUDENTES OU LIMITATIVAS

Art. 6º São causas excludentes da responsabilidade a força maior, o caso fortuito, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

Parágrafo único. Se as ações ou omissões da pessoa jurídica concorrerem com a força maior, o caso fortuito ou o fato de terceiro, bem como na hipótese de culpa da vítima, haverá responsabilidade proporcional.

Art. 7º Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, todas deverão ser proporcionalmente consideradas na determinação do valor do ressarcimento.

### CAPÍTULO VI DO RESSARCIMENTO ADMINISTRATIVO DO DANO

Art. 8º Sem prejuízo da propositura da ação própria no



Poder Judiciário, a vítima e outros legitimados poderão pleitear administrativamente a reparação dos danos, observadas seguintes normas:

I – a partir da data do protocolo do requerimento, fica suspenso o prazo de prescrição da ação de reparação de danos, até decisão final;

II – o requerimento conterá o nome, a qualificação, o domicílio e o endereço do requerente, os fundamentos de fato e de direito do pedido, as provas e o valor da indenização pretendida; e

III – concordando, o requerente, com o valor da indenização, o pagamento será efetuado em ordem própria, conforme previsão orçamentária específica.

§ 1º A apresentação do requerimento de que trata o *caput* não afasta a possibilidade de composição da controvérsia por meio da arbitragem ou da mediação no âmbito da administração pública.

§ 2º O procedimento a ser adotado para o ressarcimento administrativo do dano será disciplinado em regulamento de cada ente federado.

## CAPÍTULO VII DO DIREITO DE REGRESSO

Art. 9º A responsabilização dos agentes será efetivada regressivamente.

§ 1º Identificado o agente causador do dano e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se a efetivação do direito de regresso.

§ 2º É facultativa a denúncia da lide nas ações judiciais de responsabilidade civil do Estado.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada até o limite do valor da herança recebida.

Art. 10. A identificação do agente causador do dano e a apuração de seu dolo ou culpa serão efetuadas mediante processo administrativo.



§ 1º A autoridade competente poderá determinar, de ofício, a instauração de processo administrativo para identificar o agente causador do dano e apurar seu dolo ou culpa, ainda que não iniciada ou não encerrada a ação judicial intentada pela vítima ou pelos demais legitimados e nos casos de processo administrativo de reparação de dano.

§ 2º Nos casos de condenação transitada em julgado, o fato deverá ser comunicado, no prazo de quinze dias, à autoridade competente, sob pena de responsabilidade.

Art. 11. Havendo a definição do valor a ser indenizado e identificada a ocorrência de dolo ou culpa na conduta do agente, este será intimado para, no prazo de trinta dias, ressarcir o valor total da indenização, atualizado monetariamente.

§ 1º Vencido o prazo fixado no *caput*, sem o pagamento, será proposta a respectiva ação judicial regressiva.

§ 2º O agente poderá efetuar o pagamento de forma parcelada, inclusive autorizando o desconto mensal em folha de pagamento, de parcela da remuneração recebida, para pagamento do débito com o erário, respeitados os limites fixados em regulamento.

§ 3º A exoneração, demissão, dispensa, rescisão contratual, cassação de aposentadoria ou qualquer outra situação que impeça o desconto não extinguem a obrigação de o agente quitar integralmente o débito em trinta dias, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Art. 12. A condenação criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, acarreta sua obrigação de ressarcir em valor a ser apurado, liquidado e executado pelo juízo cível competente, não se questionando mais sobre a existência do fato, a autoria, o dolo ou a culpa.

Art. 13. A absolvição criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, que negue a existência do fato ou da autoria, afasta o exercício do



direito de regresso.

§ 1º A sentença criminal, transitada em julgado, que declare ter sido o ato do agente praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal, no exercício regular de direito ou com inexigibilidade de conduta adversa, também exclui o exercício do direito de regresso.

§ 2º Não será excluído o direito de regresso contra o agente, quando a decisão, no juízo penal:

I – ordenar o arquivamento do inquérito ou de peças de informação por insuficiência de prova quanto à existência da infração penal ou sua autoria;

II – absolver o réu por não haver prova da existência do fato;

III – absolver o réu por não existir prova suficiente para a condenação;

IV – declarar extinta a punibilidade;

V – declarar que o fato imputado não é definido como infração penal.

#### CAPÍTULO VIII DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS

Art. 14. Pelos danos decorrentes do exercício pelos Tribunais e Conselhos de Contas de sua competência constitucional de controle externo, o Estado é civilmente responsável quando o Ministro ou Conselheiro agir com dolo ou fraude, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único. Na hipótese de exercício de função administrativa, à responsabilidade civil do Estado, pela atuação dos Tribunais e Conselhos de Contas, aplicar-se-á o regime geral previsto nesta Lei.



CAPÍTULO IX  
DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO  
QUANTO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO  
JURISDICIONAL

Art. 15. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Parágrafo único. A indenização não será devida, se o erro ou a injustiça da condenação decorrer de ato ou falta imputável ao próprio interessado, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

Art. 16. Pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, o Estado é civilmente responsável, sem prejuízo do direito de regresso, quando o juiz:

I - proceder com dolo ou fraude, ou

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional.

CAPÍTULO X  
DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO  
EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES  
INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 17. As disposições desta Lei aplicam-se aos órgãos do Ministério Público, quando no desempenho de função administrativa.

Art. 18. Sem prejuízo do direito de regresso, responde o Estado pelos danos decorrentes do exercício pelo Ministério Público de suas funções institucionais, quando os seus membros procederem com dolo ou fraude ou fizerem uso indevido das informações e documentos que obtiverem, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.



## CAPÍTULO XI DA PRESCRIÇÃO

Art. 19. Prescreve em cinco anos a pretensão de reparação civil contra o Estado, nos termos desta Lei.

§ 1º O termo inicial do prazo prescricional é a data em que se configurar a lesão.

§ 2º Os prazos de prescrição estão sujeitos à suspensão e interrupção na forma da lei civil.

## CAPÍTULO XII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 20. Os casos específicos de responsabilidade civil do Estado continuarão a reger-se pela legislação própria, aplicando-se subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Art. 21. Às ações de responsabilização civil intentadas contra a União aplica-se o disposto no § 2º do art. 109 da Constituição Federal, e aquelas ajuizadas contra as demais pessoas enumeradas no art. 1º desta Lei poderão ser aforadas na comarca em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que originou a demanda ou, ainda conforme o réu, na Capital do Estado, no Distrito Federal, na sede do Município ou das autarquias e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Art. 22. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 23. Fica revogado o art. 1º-C da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Sala das Sessões, em 2 de setembro de 2015.

Deputado EFRAIM FILHO Relator



**ANEXO 2 – SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 126/2015****PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 126, DE 2015**

Institui o Estatuto da Responsabilidade Civil  
Extracontratual do Estado.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**CAPÍTULO I****DISPOSIÇÕES GERAIS**

**Art. 1º** Esta Lei estabelece normas sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, usarem a terceiros.

§ 1º Os preceitos desta Lei aplicam-se:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, suas respectivas autarquias e fundações públicas;

II - às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prestadoras de serviços públicos;

III - às concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos; e

IV - às demais pessoas jurídicas de direito privado que, sob qualquer título, prestem serviços públicos.

§ 2º Não se submete ao disposto nesta Lei:

I - a responsabilidade civil contratual do Estado, regida pela legislação específica;





II - a responsabilidade civil extracontratual do Estado por desapropriação direta ou indireta de bens móveis ou imóveis.

§ 3º O disposto nesta Lei não se aplica às empresas estatais e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, nos termos do § 1º do art. 173 da Constituição Federal.

§ 4º A responsabilidade do Estado é subsidiária à das concessionárias, permissionárias, autorizatórias e de outras pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, quando os fatos geradores da responsabilidade relacionarem-se com os serviços públicos que desempenham.

§ 5º As concessionárias, permissionárias e autorizatórias de serviços públicos respondem pelos danos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuem essa responsabilidade.

**Art. 2º** A responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos exige os seguintes pressupostos:

- I - existência do dano e do nexo causal;
- II - estar o agente no exercício de suas funções;
- III - ausência de causa excludente de responsabilidade; e
- IV - culpa ou dolo, na hipótese de omissão.

## CAPÍTULO II

### DO DANO

**Art. 3º** O dano pode ser moral ou material, e individual ou coletivo.

§ 1º O dano deve ser certo e injusto.





§ 2º Considera-se o dano:

I - certo, quando frustrar efetivamente o exercício de um direito, presente ou futuro;

II - injusto, quando superior ao sacrifício que normalmente seria exigível de qualquer administrado.

§ 3º Não se considera dano a mera frustração de expectativas.

§ 4º É indenizável o dano decorrente da quebra de legítimas expectativas, quando o Estado tenha induzido o particular de boa-fé a adotar determinado comportamento a fim de obter vantagem lícita futura.

### CAPÍTULO III

#### DA CONDUTA

**Art. 4º** São atribuíveis ao Estado as condutas:

I - de quaisquer agentes públicos, quando no exercício da função;

II - dos agentes públicos que, exorbitando o exercício das funções, apresentem-se aos particulares de boa-fé como alguém que atua em nome do Estado.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

§ 2º No caso do inciso II, aqueles que atuarem em nome do Estado sem autorização, ou além das suas atribuições, responderão nas esferas administrativa e criminal, sem prejuízo do direito de regresso do Estado.

§ 3º Se o agente atuar fora das hipóteses previstas neste artigo, estará excluída a responsabilidade civil do Estado, sem prejuízo da responsabilidade pessoal do agente.



SF/18680.81431-14



## CAPÍTULO IV

### DO NEXO DE CAUSALIDADE

**Art. 5º** O dano decorre da ação ou omissão do Estado quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - for diretamente causado pelo Estado ou por qualquer agente público;

II - for causado por ação de terceiro, que o Estado tenha-se comprometido, por lei ou por ato, a evitar ou a impedir;

III - for derivado de omissão atribuível ao mal funcionamento de serviço do Estado.

§ 1º Rompe-se o nexo de causalidade quando demonstrado que o Estado tomou todas as providências exigíveis para evitar o dano.

§ 2º O Estado só responde pelos danos que ordinariamente decorreriam de sua ação ou omissão, ou da de seus agentes.

§ 3º Os eventos danosos posteriores à ação ou omissão estatal e que dela não decorram diretamente não são atribuíveis ao Estado.

## CAPÍTULO V

### DA RESPONSABILIDADE

#### Seção I

#### DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR AÇÃO

**Art. 6º** A responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes independe de dolo ou culpa destes.



SF/18680.81431-14



## Seção II

### DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA PELA OMISSÃO

**Art. 7º** A responsabilidade civil do Estado por omissão depende da demonstração de culpa, ainda que de forma anônima.

§ 1º Há culpa anônima quando o serviço público ou de relevância pública não funcionou, ou funcionou mal ou atrasado.

§ 2º No caso do inciso II do art. 5º, dispensa-se a demonstração de culpa.

## Seção III

### DA RESPONSABILIDADE PELO RISCO INTEGRAL

**Art. 8º** O Estado responde civilmente, independentemente de culpa, conduta ou nexo de causalidade, pelos danos decorrentes de:

I - acidente nuclear;

II - acidente aeronáutico, na forma da legislação específica;

III - outros casos previstos em lei específica.

*Parágrafo único.* Nos casos deste artigo, não se aplicam as excludentes de responsabilidade do art. 7º.

## Seção IV

### DA RESPONSABILIDADE POR ATOS DE JUÍZES OU TRIBUNAIS

**Art. 9º** Pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, o Estado é civilmente responsável, sem prejuízo do direito de regresso, quando o juiz:

I - proceder com dolo ou fraude, ou

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.



SF/18680.81431-14



Parágrafo único. Enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional.

**Art. 10.** O Estado indenizará o condenado por erro judiciário e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

§ 1º A indenização por condenação penal decorrente de erro judicial posteriormente reconhecido independe de culpa.

§ 2º O preso preventivamente tem direito a indenização quando ficar provado, alternativamente, que:

I - o fato criminoso não ocorreu;

II - não foi ele o autor do fato criminoso;

II - ficou preso além do prazo razoável para a conclusão do processo.

§ 3º A indenização não será devida, se o erro ou a injustiça da condenação decorrer de ato ou falta imputável ao próprio interessado, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

## Seção V

### DA RESPONSABILIDADE POR ATOS DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS

**Art. 11.** Pelos danos decorrentes do exercício pelos Tribunais e Conselhos de Contas de sua competência constitucional de controle externo, o Estado é civilmente responsável quando o Ministro ou Conselheiro agir com dolo ou fraude, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único. Na hipótese de exercício de função administrativa, à responsabilidade civil do Estado, pela atuação dos Tribunais e Conselhos de Contas, aplicar-se-á o regime geral previsto nesta Lei.



SF/18680.81431-14





## Seção VI

### DA RESPONSABILIDADE POR ATOS DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

**Art. 12.** Sem prejuízo do direito de regresso, responde o Estado pelos danos decorrentes do exercício pelo Ministério Público, pela Advocacia Pública ou pela Defensoria Pública de suas funções institucionais, quando os seus membros procederem com dolo ou fraude ou fizerem uso indevido das informações e documentos que obtiverem, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

*Parágrafo único.* Aplica-se o disposto neste artigo nos casos em que reconhecida a litigância de má-fé.

## Seção VII

### DA RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS

**Art. 13.** O Estado responde pelos danos decorrentes da atividade legislativa, em qualquer das seguintes hipóteses:

I - quando for aprovada lei que atinja pessoas ou grupos determinados e que seja posteriormente declarada inconstitucional:

a) em decisão definitiva de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

b) em sede de controle difuso de constitucionalidade, após o trânsito em julgado da decisão;

II - quando for aprovada lei que, embora constitucional, atinja pessoas ou grupos determinados, impondo-lhes sacrifícios maiores que os razoavelmente exigíveis;

III - quando descumprido o dever constitucional de legislar, assim reconhecido:

a) em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou outra ação de controle concentrado de constitucionalidade;



SF/18680.81431-14



b) em sede de mandado de injunção ou qualquer outra ação de controle difuso, sempre após o trânsito em julgado, e caso persista a mora legislativa mesmo após o transcurso do prazo judicialmente fixado para suprir a omissão.

## CAPÍTULO VI

### DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

**Art. 14.** Exclui a responsabilidade civil do Estado a ocorrência de qualquer das seguintes hipóteses:

I – culpa exclusiva da vítima;

II – ato exclusivo de terceiro, se não for aplicável o inciso II do art. 5º;

II – caso fortuito ou força maior, assim definidos na legislação civil.

*Parágrafo único.* Se a culpa da vítima concorrer para o dano, atenua-se a responsabilidade civil do Estado.

**Art. 15.** Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, todas deverão ser proporcionalmente consideradas na determinação do valor do ressarcimento.

## CAPÍTULO VII

### DO DIREITO DE REGRESSO

**Art. 16.** O Estado tem direito de regresso contra o agente que tenha praticado o ato ou que seja responsável pela omissão, nos casos de dolo ou culpa.

§ 1º Identificado o agente responsável e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se a efetivação do direito de regresso.



SF/18680.81431-14



§ 2º O direito de regresso pode ser exercido em ação própria ou na mesma ação em que o Estado seja demandado, quando assim admitido nesta Lei.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada até o limite do valor da herança recebida.

**Art. 17.** A identificação do agente causador do dano e a apuração de seu dolo ou culpa poderão ser efetuadas mediante processo administrativo.

§ 1º A autoridade competente poderá determinar, de ofício, a instauração de processo administrativo para identificar o agente causador do dano e apurar seu dolo ou culpa, ainda que não iniciada ou não encerrada a ação judicial intentada pela vítima ou pelos demais legitimados e nos casos de processo administrativo de reparação de dano.

§ 2º Nos casos de condenação transitada em julgado, o fato deverá ser comunicado, no prazo de quinze dias, à autoridade competente, sob pena de responsabilidade.

**Art. 18.** Havendo a definição do valor a ser indenizado e identificada a ocorrência de dolo ou culpa na conduta do agente, este será intimado para, no prazo de trinta dias, ressarcir o valor total da indenização, atualizado monetariamente.

§ 1º Vencido o prazo fixado no caput, sem o pagamento, será proposta a respectiva ação judicial regressiva.

§ 2º O agente poderá efetuar o pagamento de forma parcelada, inclusive autorizando o desconto mensal em folha de pagamento, de parcela da remuneração recebida, para pagamento do débito com o erário, respeitados os limites fixados em regulamento.

§ 3º A exoneração, demissão, dispensa, rescisão contratual, cassação de aposentadoria ou qualquer outra situação que impeça o desconto não extinguem a obrigação de o agente quitar integralmente o débito em trinta dias, sob pena de inscrição em dívida ativa.



SF/18680.81431-14



**Art. 19.** A condenação criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, acarreta sua obrigação de ressarcir em valor a ser apurado, liquidado e executado pelo juízo cível competente, não ser questionando mais sobre a existência do fato, a autoria, o dolo ou a culpa.

**Art. 20.** A absolvição criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, que negue a existência do fato ou da autoria, afasta o exercício do direito de regresso.

§ 1º A sentença criminal, transitada em julgado, que declare ter sido o ato do agente praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal, no exercício regular de direito ou com inexigibilidade de conduta adversa, também exclui o exercício do direito de regresso.

§ 2º Não será excluído o direito de regresso contra o agente, quando a decisão, no juízo penal:

I - ordenar o arquivamento do inquérito ou de peças de informação por insuficiência de prova quanto à existência da infração penal ou sua autoria;

II - absolver o réu por não haver prova da existência do fato;

II - absolver o réu por não existir prova suficiente para a condenação;

IV - declarar extinta a punibilidade;

V - declarar que o fato imputado não é definido como infração penal.





## CAPÍTULO VIII

### DO PROCESSO

#### Seção I DAS PARTES

**Art. 21.** São partes legítimas na ação de responsabilidade civil:

I - como autor:

- a) a vítima ou seus sucessores;
- b) o substituto processual;
- c) o representante processual, com expressa e específica autorização das vítimas;

II - como réus:

- a) o Estado;
- b) o agente público responsável pelo dano.

§ 1º O autor pode optar por ajuizar a ação:

I - contra o Estado, apenas;

II - contra o agente público responsável pelo dano, apenas;

III - contra o Estado e contra o agente público, em litisconsórcio.

§ 2º No caso do inciso II do § 1º:

I - o autor da ação renuncia ao direito de acionar o Estado, ainda que insolvente o agente público responsável pelo dano;

II - o Estado deve ser notificado do ajuizamento da ação, podendo atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.



SF/18680.81431-14



§ 3º Nos casos dos incisos II e III do § 1º, o autor da ação deve fundamentar o pedido na existência de dolo ou culpa do agente.

§ 4º No caso do inciso III do § 1º, o Estado poderá pleitear o direito de regresso contra o agente público, no âmbito do mesmo processo.

§ 5º No caso do inciso I do § 1º, o Estado só poderá pleitear o direito de regresso contra o agente, nos casos em que for permitida a denúncia da lide.

## Seção II

### DA DENÚNCIAÇÃO DA LIDE

**Art. 22.** Quando a ação for ajuizada apenas contra o Estado, o juiz admitirá a denúncia da lide, para discutir o direito de regresso, desde que preenchidas cumulativamente as seguintes condições:

I - a alegação do autor seja fundada em dolo ou culpa do agente público responsável pelo dano;

II - a intervenção do litisdenunciado não comprometa substancialmente o andamento do processo.

## Seção III

### DA AÇÃO AUTÔNOMA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO

**Art. 23.** Quando o direito de regresso não for ou não puder ser discutido na ação de responsabilidade civil do Estado, este deve ajuizar ação própria contra o agente público responsável pelo dano, ou promover a apuração administrativa, nos termos do art. 18, sob pena de ser responsabilizado pela omissão.

## Seção IV

### DO RESSARCIMENTO ADMINISTRATIVO DO DANO

**Art. 24.** Sem prejuízo da propositura da ação própria no Poder Judiciário, a vítima e outros legitimados poderão pleitear administrativamente a reparação dos danos.



SF/18680.81431-14





§ 1º A partir da data do protocolo do requerimento, fica suspenso o prazo de prescrição da ação de reparação de danos, até decisão final.

§ 2º O requerimento deve conter o nome, a qualificação, o domicílio e o endereço do requerente, os fundamentos de fato e de direito do pedido, as provas e o valor da indenização pretendida.

§ 3º Concordando o requerente com o valor da indenização estipulada pelo Poder Público, o pagamento será efetuado em ordem própria, conforme previsão orçamentária específica.

§ 4º A apresentação do requerimento de que trata o *caput* não afasta a possibilidade de composição da controvérsia por meio da arbitragem ou da mediação no âmbito da administração pública.

§ 5º O procedimento a ser adotado para o ressarcimento administrativo do dano será disciplinado em regulamento de cada ente federado.

## CAPÍTULO IX

### DA PRESCRIÇÃO

**Art. 25.** Prescreve em cinco anos a pretensão de reparação civil contra o Estado, nos termos desta Lei.

§ 1º O termo inicial do prazo prescricional é a data em que se configurar a lesão.

§ 2º Os prazos de prescrição estão sujeitos à suspensão e interrupção na forma da lei civil.

## CAPÍTULO X

### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 26.** Aplicam-se subsidiariamente ao disposto nesta Lei:

I - a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), em relação à responsabilidade;



SF/18680.81431-14



II - a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), em relação ao processo e julgamento da ação de responsabilidade civil do Estado.

**Art. 27.** Revoga-se o art. 1º-C da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

**Art. 28.** Esta Lei entra em vigor cento e oitenta dias após a sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator



SF/18680.81431-14